

EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

**EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO PRIVADO
COLOMBIANO**

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO

SEBASTIÁN VELÁSQUEZ HOYOS

ASESOR: JORGE OVIEDO ALBÁN

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN, COLOMBIA**

2020

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO 1. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO.

1.1. Fundamento del incumplimiento esencial como requisito, a la luz de las normas constitucionales y los principios generales del derecho.

1.2. Relevancia social y económica del contrato

1.3. La gravedad del incumplimiento en materia administrativa y laboral.

1.4. Normas legales del Código Civil y del Código de comercio que integran el concepto de incumplimiento esencial.

1.5. El incumplimiento esencial en la jurisprudencia colombiana.

1.5.1. La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

1.5.2. La jurisprudencia arbitral

1.6. El incumplimiento esencial en la doctrina colombiana.

1.7. Conclusiones y falencias en la construcción del concepto de incumplimiento esencial a nivel local.

CAPÍTULO 2. LOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO CONTRACTUAL UNIFORME Y SU TRATAMIENTO DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL.

2.1. Concepto, naturaleza y relevancia de los instrumentos del derecho contractual uniforme.

2.2. Las nociones del contrato y del incumplimiento en los instrumentos del derecho contractual uniforme o nuevo derecho de la contratación.

2.2.1. Una noción realista del contrato

2.2.2. Una noción unitaria de incumplimiento, o noción amplia y objetiva del incumplimiento.

2.3. El incumplimiento esencial en los instrumentos del derecho contractual uniforme.

2.3.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

2.3.2. Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (PCCI).

2.3.3. Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL).

2.3.4. Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC).

2.4. Una tipología de incumplimientos esenciales con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme

CAPITULO 3. PROPUESTA TEÓRICA PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO.

3.1. Presupuestos metodológicos

3.1.1. Identificación del vacío normativo

3.1.2. ¿Con base en qué método integraremos el vacío normativo?

3.1.3. Normas con base en las cuales se integrará el vacío

3.1.4. Corriente doctrinaria a la que se suscribe el presente trabajo

3.2. Presupuestos conceptuales

3.2.1. La interpretación e integración del concepto de incumplimiento esencial en la Convención de Viena para Compraventa Internacional de Mercaderías, para su posterior aplicación analógica en el derecho colombiano.

3.2.2. Relevancia constitucional de la integración del derecho colombiano con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme.

3.2.3. Adopción de una noción realista del contrato y de una noción amplia y objetiva del incumplimiento

3.3. Tipología de incumplimientos esenciales en el derecho colombiano.

3.3.1. Criterios principales para determinar la esencialidad del incumplimiento.

3.3.1.1. Cláusulas resolutorias y esencialidad por voluntad implícita de las partes

3.3.1.2. El incumplimiento del contrato que cause al acreedor un perjuicio que lo prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que el deudor no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

3.3.1.2.1. Vicios ocultos (caso especial)

3.3.1.2.2. El término esencial (caso especial)

3.3.1.2.3. Imposibilidad sobrevenida de la prestación (caso especial)

3.3.1.3. Incumplimientos dolosos, gravemente culposos o el comportamiento reticente del deudor que afectan gravemente la confianza del acreedor.

3.3.1.3.1. El plazo suplementario.

3.3.2. Criterios formales auxiliares para determinar la esencialidad del incumplimiento.

3.3.2.1. Criterio cuantitativo

3.3.2.2. Obligaciones esenciales y obligaciones accesorias

CONCLUSIONES.

REFERENCIAS.

BIBLIOGRAFÍA.

EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN.

En la doctrina y jurisprudencia colombianas no se ha profundizado en el estudio del alcance de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución de los contratos, existiendo además ante los jueces de inferior jerarquía, una marcada tendencia a considerar que cualquier incumplimiento faculta la resolución o terminación del contrato o, posiblemente por desconocimiento, a no verificar ese aspecto de la resolución.

Aunque la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos ha hecho énfasis en que el incumplimiento debe ser serio, grave, relevante, esencial –con reiteración más específica en sentencia de casación del 18 de diciembre de 2009-, la verdad es que aún sigue sin aplicación concreta y determinante ante los jueces de inferior categoría, no sólo por no existir, salvo excepcionales casos, normas precisas que exijan que el incumplimiento deba tener cierta entidad, sino porque no se han establecido criterios lógicos y objetivos que ayuden a determinar la gravedad del incumplimiento. A su vez, el concepto ha sido aplicado de forma desordenada y sin uniformidad por tribunales de arbitramento, que definen en cada caso y a su discreción el criterio que consideran válido para establecer la esencialidad del incumplimiento. Además, en la doctrina cada autor opina algo diferente sobre el tema. El asunto evidentemente no es claro en Colombia.

El ordenamiento jurídico colombiano no establece para la acción de resolución, que tiene el acreedor frente al incumplimiento del deudor¹, un requisito sobre la entidad o gravedad del incumplimiento. Sin embargo, en diferentes normas que regulan instituciones o contratos específicos, sí se atiende al criterio de la entidad del incumplimiento como condición para accionar, como ocurre en la compraventa, en el arrendamiento de cosas o en el contrato de suministro. Se identifica entonces un problema consistente en determinar si en el derecho colombiano, la esencialidad del incumplimiento es un requisito de la acción de resolución, o si solo opera para aquellos casos donde haya sido consagrada específicamente por el legislador. Habrá que determinar si esas normas especiales, junto con los principios generales del derecho, permiten integrar el vacío normativo y deducir una regla general.

Ahora, de forma exactamente contraria al vacío normativo que existe en Colombia, los instrumentos internacionales del derecho contractual uniforme, como por ejemplo la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías o los Principios Unidroit, entre otros, sí han regulado expresamente el tema y además han enunciado,

¹ Es sabido que en el contrato bilateral ambas partes son mutuamente acreedoras y deudoras entre sí. Pero en el campo específico de la acción de resolución por incumplimiento se predica la naturaleza de acreedor a quien la promueve, que es finalmente quien no es satisfecho en su crédito.

ordenado y sistematizado los criterios para determinar la esencialidad o gravedad del incumplimiento.

El hecho de que uno de esos instrumentos como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías haya sido incorporado mediante Ley de la República en el ordenamiento jurídico colombiano, permite analizar si es susceptible de aplicación analógica ante vacíos legales. De entrada, anticipamos que dicha aplicación analógica será una de las propuestas de este trabajo. Pero no nos quedaremos ahí, sino que además definiremos cómo es posible echar mano a toda la exhaustiva y ordenada regulación del tema en otros instrumentos del derecho contractual uniforme como los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, los Principios Latinoamericanos sobre Contratos, el Marco común de Referencia y el Código Europeo de Contratos.

Recursos normativos que consideramos de la máxima importancia no solo porque ofrecen soluciones válidas y coherentes con el derecho colombiano, como ya explicaremos, sino también porque son instrumentos que están modernizando todo el intercambio económico mundial, bien sea por su utilización en operaciones de comercio internacional, bien sea por la marcada y constatable tendencia de los Estados a reformar o reinterpretar su derecho interno para ponerlo en consonancia con la sustancia de los mismos, como ya lo han hecho, por citar solo algunos, Francia, España, Alemania, Holanda, China, Argentina, Chile.

Dicho esto, la estructura del trabajo será sencilla:

En un primer capítulo se efectuará una tarea de demostración. Se comenzará por hacer un recorrido exhaustivo por diferentes normas del derecho colombiano, comenzando desde la Constitución misma, dándole luego una mirada a otras regulaciones del contrato por parte del derecho laboral y administrativo, para finalmente concentrarnos y profundizar en las normas del código civil y del código de comercio, y en las interpretaciones y aplicaciones que se han hecho de estas normas por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y por la jurisprudencia arbitral.

Ese recorrido nos permitirá demostrar, a partir del tratamiento que se le ha dado por algunas normas especiales y por decisiones judiciales, que el incumplimiento esencial como presupuesto de la acción de resolución es un concepto que realmente subyace como regla general en todos los contratos civiles y mercantiles; y que por medio de la analogía *iuris* podremos integrar, con este principio, la norma genérica que regula la acción de resolución y que no consagra dentro de su literalidad el requisito de la esencialidad del incumplimiento. Ese es el principal objetivo de este capítulo; que tendrá como propósito adicional dar cuenta de los criterios para determinar el incumplimiento esencial que, aunque de forma desorganizada e incompleta, se pueden inferir tanto de normas especiales del Código Civil y del Código de Comercio, como de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los laudos arbitrales. Finalmente, el tercer objetivo será identificar y explicar lo que consideramos son las falencias en la construcción del concepto de incumplimiento esencial a nivel local.

Posteriormente, en el segundo capítulo se realizará una tarea de exposición. Allí se abordarán los diferentes instrumentos del derecho contractual uniforme. Se explicará su naturaleza, ámbito de aplicación, fuerza vinculante y el tratamiento que cada uno de ellos le da al incumplimiento esencial. Si bien se dará cuenta de varios de estos instrumentos, se hará mayor énfasis en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en la medida en que ella es norma nacional por su incorporación al ordenamiento jurídico mediante la ley 518 de 1999.

El objetivo de este capítulo no es solo mostrar el tratamiento del tema en estos instrumentos, o la organización y sistematización de los criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento en cada uno de ellos, sino principalmente definir al final del capítulo cuáles son los criterios uniformes para examinar la gravedad con base en ellos, es decir, inferir una tipología de criterios única, general y uniforme a partir de todos los instrumentos.

Ahora, este segundo aparte también dedicará unas líneas a explicar cual es el entendimiento que el nuevo derecho de la contratación (que es como se denomina actualmente al conjunto de regulaciones de los diferentes instrumentos de derecho uniforme) les otorga a los conceptos de contrato y de incumplimiento. Veremos como las nociones realista del contrato, y amplia y objetiva del incumplimiento, propias de los instrumentos modernos del derecho contractual uniforme, inciden no solo en el sistema de remedios y en la acción de resolución, sino en la tipología de incumplimientos esenciales que propondremos en el último capítulo.

El tercer y último capítulo se dedicará a una actividad interpretativa e integrativa. Partiendo de las falencias y vacíos locales sobre los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento en el derecho colombiano (capítulo 1), y utilizando las ventajas de la organización, sistematización y uniformidad de estos criterios en los instrumentos del derecho contractual uniforme (capítulo 2), se propondrá una tipología de criterios para el derecho colombiano. La finalidad de este capítulo es construir esa tipología utilizando las ventajas conceptuales y sistémicas del derecho contractual uniforme, pero buscando siempre, sin excepción, un fundamento normativo en el derecho interno colombiano que permita importar esa idea, concepto o solución.

Finalmente, se darán unas conclusiones sobre el incumplimiento esencial en el derecho colombiano como requisito para la prosperidad de la acción de resolución, esto es, sobre su fundamento normativo y sobre los criterios para su determinación.

CAPÍTULO 1. EL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO.

La acción de resolución² es uno de los múltiples medios de tutela o remedios contractuales³ que tiene el acreedor frente al incumplimiento grave o esencial⁴ de las obligaciones por parte del deudor, en virtud del cual se faculta al acreedor para solicitar la ineficacia o extinción de un contrato bilateral⁵ y con efectos retroactivos. Con ella se busca poner a las partes, en la medida de lo posible, en una situación precontractual.

Al implicar la resolución el aniquilamiento del contrato, en virtud del principio de la conservación del negocio jurídico, se ha entendido que medida tan extrema solo puede permitirse cuando se trate de un incumplimiento que afecte de forma importante los intereses contractuales del acreedor. No basta cualquier incumplimiento para destruir el contrato. Se requiere que sea relevante, importante, grave, sustancial, o como se le llama en los instrumentos del derecho contractual uniforme: esencial.

Sin embargo, la ley colombiana no consagró expresamente tal exigencia en las normas que reglamentan la acción de resolución general, tanto en el Código Civil [C.C.] como en el Código de Comercio [C.Com.]. Veamos:

El artículo 1546 del Código Civil dispone:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro

2 En la presente monografía nos referiremos a la acción de resolución general consagrada en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Sin embargo, las conclusiones que adoptemos en cuanto a la gravedad del incumplimiento y los criterios para su determinación serán aplicables a las figuras de la terminación de contratos de tracto sucesivo por incumplimiento, a la disolución unilateral del contrato por incumplimiento del deudor y a la terminación unilateral y extrajudicial del contrato pactada en una cláusula resolutoria frente a un incumplimiento del deudor. Se entiende que todas las anteriores figuras y acciones, que pueden tener alguna diferencia puntual frente a la acción de resolución en cuanto a la forma de ejercerse o en sus efectos, realmente son manifestaciones o aplicaciones de la acción resolutoria general consagrada en los artículos ya referidos. Ahora, en cuanto a la acción redhibitoria y a la calificación de la gravedad de los vicios ocultos, sí nos detendremos específicamente, pues la Corte Suprema de Justicia tiene en su jurisprudencia decantado un sistema especial de graduación de la gravedad del vicio.

3 Sobre los otros remedios no nos pronunciaremos de forma profunda en este trabajo. Basta afirmar que cuando nos refiramos a la gravedad del incumplimiento estamos aludiendo a que se trata de un requisito propio y exclusivo de la acción de resolución. Por supuesto, de no cumplirse el requisito y al no proceder la acción de resolución, el acreedor aun así tendrá todos los otros remedios para la protección de su crédito ante el incumplimiento del deudor, como lo son: solicitar el cumplimiento o ejecución forzada de la prestación, la reparación de la prestación, la indemnización de perjuicios, la rebaja del precio o la excepción de contrato no cumplido.

4 Para efectos del presente trabajo entiéndase como sinónimos, desde una conceptualización jurídica, los términos grave, esencial, sustancial o resolutorio. Todos hacen referencia a lo mismo: a la calificación, entidad o importancia que debe tener el incumplimiento para la procedencia de la acción de resolución.

5 Tampoco nos embarcaremos en la discusión de si la acción de resolución procede o no frente a contratos unilaterales. Solo baste afirmar que creemos en su procedencia sencillamente porque, entre otras razones, la ley la consagra en específicos casos de contratos unilaterales; por lo que le serán aplicables los requisitos que normalmente tiene toda acción de resolución, entre ellos la gravedad del incumplimiento.

contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

El artículo 870 del Código de Comercio prescribe: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

De la lectura de las normas anteriormente transcritas se concluye fácilmente que existe un vacío u omisión en la literalidad de ambas, pues guardan silencio sobre si el incumplimiento debe tener alguna cualificación o entidad para que se abra paso la acción de resolución. Tampoco mencionan nada sobre los criterios o parámetros que se deben tener en cuenta para examinar la entidad del incumplimiento.

Cosa diametralmente distinta ocurre en los instrumentos del derecho contractual uniforme, que no solo nos señalan que la acción de resolución procederá únicamente cuando el incumplimiento sea esencial, sino que le definen al intérprete una tipología clara y organizada de incumplimientos resolutorios. Veamos la transcripción de algunos de ellos:

Artículo 25 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías:

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación

Artículo 7.3.1. de los Principios Unidroit:

1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. 2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: A) El incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; B) La ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; C) El incumplimiento fue intencional o temerario; D) El incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; E) La resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento; 3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5.

Artículo 87 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos:

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: (a) Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento; (b) Es doloso; (c) La conducta del deudor incumplidor hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato; (d) Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes al tiempo de celebrarse el contrato; (e) El deudor no cumple dentro del plazo de subsanación del artículo 93.

Al comparar la ley colombiana con los instrumentos del derecho contractual uniforme se evidencia un contraste importante, una notable diferencia. Ello es lo que justifica, como lo haremos a continuación, realizar una labor de investigación normativa y jurisprudencial en el derecho interno colombiano, para intentar demostrar, ante la ausencia de regulación, si tal concepto y sus criterios de determinación pueden encontrarse implícitos en nuestro sistema jurídico. Ello lo lograremos si podemos extraer de otras normas legales, y de la jurisprudencia, los elementos que configuran el concepto, no sin antes intentar mostrar que la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución encuentra claro respaldo en principios, valores y fines constitucionales que son de aplicación directa en el derecho privado, y de cuya observancia depende la validez de cualquier interpretación legal⁶.

1.1. Fundamento del incumplimiento esencial como requisito, a la luz de las normas constitucionales y los principios generales del derecho.

Cualquier trabajo dogmático tendiente a suministrar una interpretación razonada de la ley, como el presente, no puede sustraerse de la tarea de la más alta relevancia de fundamentar las soluciones normativas que propone, a la luz de la norma constitucional que gobierna el Estado que promulgó la norma de rango legal que se pretende interpretar. Su relevancia se explica por la sencilla realidad normativa de que en los Estados constitucionales y de derecho, la ley y su interpretación deben guardar estricta consonancia con los principios y valores plasmados en su Constitución Política, so pena de invalidez.

Lo anteriormente afirmado tiene estricto fundamento en el derecho colombiano en el artículo 4º de la Constitución Política de 1991 que reza:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones

⁶ Es de anotar que la acción de resolución en el derecho colombiano tiene otros requisitos adicionales al incumplimiento esencial, como lo son: - que el contratante que pretende resolver el contrato haya cumplido con sus obligaciones o se haya allanado a cumplirlas, - que el incumplimiento, además de grave, sea imputable al deudor y – que el deudor esté constituido en mora. requisitos que no se abordarán en este trabajo porque se desbordaría su objeto precisamente delimitado. Valga mencionar además que sobre ellos no hay consenso en la jurisprudencia y doctrina colombianas.

constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Ahora, no se trata de la mera tarea de constatar si la gravedad del incumplimiento como requisito de la acción de resolución contraviene alguna norma constitucional o no, sino más bien, y de forma principal, dar cuenta de cómo la exigencia de este requisito en el derecho privado desarrolla adecuadamente los valores, principios y fines contenidos en la Constitución Política Colombiana. Las soluciones de un trabajo jurídico así desarrollado trascienden la mera corrección y coherencia con la dogmática jurídica civil, y hunde sus raíces indestructiblemente con el sistema jurídico, lo cual fortalece exponencialmente su solidez argumentativa, en razón a que finalmente la dogmática jurídica especial está subordinada y pretende dar cuenta de principios y valores, jurídicos, morales y políticos, de mayor jerarquía e importancia.

No pueden dejar de citarse apartes importantes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en tal sentido. En sentencia T-222 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Linnet, se dijo:

Esta Corporación reitera nuevamente en esta oportunidad, que conforme a su jurisprudencia (T-050 de 1999; T-019 de 1999; T-037 de 1999; T-322 de 1993; T-341 de 1993; T-416 de 1996), la Carta Política tiene una capacidad de irradiación sobre la interpretación de las leyes y de los contratos celebrados por los particulares...la celebración, interpretación, ejecución y terminación de los contratos no puede conducir a una arbitrariedad por parte de uno de los signatarios del negocio jurídico....

En igual sentido la sentencia T-251 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general...La libertad económica reconocida a los particulares, les permite perseguir su beneficio particular y la utilización de los recursos del país, dentro de los límites del bien común...

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, luego de enunciar y explicar una serie de valores y principios constitucionales, también concluyó qué: "...ese plexo normativo, entre otras disposiciones constitucionales y legales, se erige en marco de obligada observancia en la interpretación y aplicación de las leyes...". Y la sentencia del 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas, dijo al referirse al control del ejercicio abusivo de las facultades de terminación unilateral del contrato por incumplimiento: "El juzgador, debe actuar para impedir la consecución o conservación de la asimétrica ventaja, a la luz de los principios constitucionales, legales, función social, la ausencia de derechos absolutos, correlación del poder conferido, ejercicio y su función".

La doctrina civilista colombiana no ha sido ajena a sustentar en la Constitución Política sus trabajos dogmáticos y la interpretación que proponen de las normas del derecho privado. Así se dijo:

Todo un conjunto normativo de jerarquía constitucional que delinea por completo los alcances de la obligación. Se peca en materia grave cuando se analiza la obligación sólo desde la perspectiva de la ley, léase Código Civil o de Comercio. Estos estatutos son letra muerta y sin sentido si no se relacionan, una y otra vez, de manera continua y asidua con la Constitución Política, ratio de toda la normatividad legal...Decir qué es una obligación solidaria, cuándo hay novación, cuáles son las causas de preferencia, en qué consiste una obligación facultativa, de qué modo opera la compensación, cualquiera, con un mínimo de conocimiento jurídico, puede hacerlo. Pero establecer un puente entre ese concepto abstracto y la Constitución, exige análisis más precisos que sólo puede hacer con razonable eficacia quien tiene la mente abierta a los principios, valores y postulados constitucionales (Velásquez, 2010, pp. 40-41).

En idéntico sentido Rengifo (2004):

...Hoy el juez no solo aplica la regla concreta para solucionar un conflicto, sino que también encuentra la solución, para casos específicos, en los principios y valores constitucionales. De ahí que se hable de la fuerza normativa de la Constitución, o también, de la eficacia del texto constitucional, la cual puede ser inmediata, es decir, cuando se aplica directamente la norma constitucional, o mediata, que surge de interpretar una norma legal a la luz de los principios o valores axiológicos de la Carta Política... (p. 37).

Así las cosas, si en el derecho colombiano es una verdad evidente y pacífica, por no decir que absoluta, que la Constitución Política de 1991 es la norma de mayor jerarquía, que irradia todo el ordenamiento, y que tiene efectos vinculantes y aplicación directa en cualquier interpretación o aplicación de una norma legal, y en la solución de cualquier caso, sea de naturaleza pública o privada; ligero y descuidado sería, por decir lo menos, proponer una interpretación legal ignorando la Constitución.

Ahora, por otro lado, y de forma adicional a los valores y principios constitucionales, encontramos los principios generales del derecho, como lo son la buena fe, el no abuso del derecho, la equidad, entre otros., principios que gobiernan la formación, interpretación, ejecución e integración de la ley y del contrato (Arrubla, 2012, pp. 339-344; Valencia, 1999, p. 58). En tanto se trata de normas imperativas que no pueden ser desconocidas en la interpretación legal y negocial, se hace menester evaluar si el requisito de la acción de resolución que aquí examinamos está conforme igualmente a la sustancia de estos. Debiéndose decir, además, que varios de estos principios generales han tenido consagración constitucional expresa, por lo cual su jerarquía ha sido elevada al rango constitucional.

No sobra tampoco mencionar que la Ley 153 de 1887, norma a la que nuestro sistema jurídico principalmente a través de la práctica jurídica y la jurisprudencia, le ha otorgado especial relevancia y jerarquía, reza en su artículo 4 qué: “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, á su vez, norma para interpretar las leyes”. Además, en su artículo 8 señala: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Pues bien, no es necesario decir más para entender la relevancia argumentativa de soportar una interpretación legal (como lo es la que se pretende realizar en este trabajo sobre la existencia del requisito de la esencialidad del incumplimiento en la resolución contractual y sus criterios de aplicación), en los valores y principios contenidos en la Constitución Política, como también en los principios generales del derecho, muchos de estos últimos elevados a rango constitucional. Se trata de examinar si dicho requisito informa el contenido de los valores y principios generales que subyacen en nuestra Constitución y en los principios generales del derecho.

¿Qué valores, principios y fines constitucionales, y qué principios generales del derecho sustentan el requisito de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la acción de resolución? O más bien, ¿qué principios constitucionales y legales impiden que un acreedor pueda dar por terminado un contrato ante un incumplimiento irrelevante y sin importancia por parte de su deudor?

Desde el mismo preámbulo de la Constitución Política de 1991, cuyo carácter vinculante y normativo es aceptado pacíficamente en la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional, encontramos ya valores como la garantía de convivencia y de un orden económico justo, que dan cuenta de la importancia social y económica que puede tener para el ordenamiento jurídico la debida ejecución de los contratos, dado que si se logran ejecutar, las relaciones sociales se desenvuelven pacíficamente, se refuerza la convivencia social, lo que a su vez constituye presupuesto de un orden social justo.

En cuanto a la razonabilidad de las disposiciones normativas, como señala Velásquez (2010, p.247), no se observa justificable, en razón del propósito del contrato, que una de las partes de por terminado un contrato ante un incumplimiento completamente irrelevante e irrisorio. No sería un comportamiento prudente y justo el pretender dar por resuelto, por ejemplo, un contrato de miles de millones de pesos por haber faltado el pago de unos pocos pesos, o que alguien pretendiera aniquilar un contrato de compraventa por una pequeña gotera en el inmueble vendido.

La Corte Constitucional ha dicho sobre el principio de razonabilidad de las disposiciones qué este “...hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto...” (C-530 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero); también señaló que “el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y solo la conciencia jurídica de esta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador” (T-422 de 1993,

M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En esta última providencia se concluyó además que las decisiones del legislador solo tienen en cuenta lo ordinario y lo circunstancial y cuando una situación se aleje de ello se afecta la razonabilidad de la medida. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte, señaló que uno de los presupuestos de la acción de resolución es que “...se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato”.

En términos de Velásquez (2010):

... cualquier regulación normativa dirigida al orden social debe partir de un supuesto esencial: la razonabilidad de la disposición... Se sustenta en la evidente consideración de que la norma es expedida por seres humanos dirigida a regular la conducta de seres humanos. Todos normalmente presuponemos que un mandato debe ser razonable si es que se quiere que efectivamente se cumpla... La Constitución colombiana, y con ella necesariamente todas las que gobiernan los distintos Estados, tiene como centro de fuerza exigible, además de la proporcionalidad, la razonabilidad de las disposiciones. La Corte Constitucional se ha pronunciado repetidamente sobre el tema. Lo mismo la Corte Suprema de Justicia cuando de juzgar las conductas se trata. Y el Consejo de Estado. Y toda la doctrina y la jurisprudencia, nacional y extranjera, en múltiples obras jurídicas y fallos judiciales. (pp. 18-19).

En igual sentido, en cuanto a la razonabilidad en el ejercicio de la acción resolutoria, véase el laudo de agosto 19 de 2005 de la Cámara de Comercio de Bogotá (Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd).

No debe tampoco olvidarse que el concepto de razonabilidad es nuclear en la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (Ley 518 de 1999), criterio que tiene múltiples funciones y aplicaciones en la Convención, una de ellas es la imposición al acreedor del deber de gestionar razonablemente el ejercicio de los remedios contractuales ante el incumplimiento del deudor, lo que se traduce en que una pretensión resolutoria frente a incumplimientos leves y subsanables iría en contra de tal prescripción.

Otro tanto puede decirse del principio de la proporcionalidad de las sanciones, aclarando de entrada que existe discrepancia en la doctrina sobre si el fundamento de la acción de resolución es sancionatorio o más bien se trata de una facultad para proteger exclusivamente el interés del acreedor y reestablecer el equilibrio económico entre las partes. Esto último se sostuvo en la sentencia del 14 diciembre 2001, Trujitillas. vs. Seguros La Andina, radicado 6230, M. P. Jaramillo Jaramillo; además de ser la postura que asume la mayoría de la doctrina contemporánea. Sin embargo, hoy en día la doctrina vigente en la Corte Suprema de Justicia colombiana es considerar de naturaleza mixta la acción de resolución, esto es, tanto como sanción, pues busca reprimir la conducta del deudor mediante la extinción del contrato, como facultad, al tener como objeto recomponer el equilibrio perdido (sentencia Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 5 de julio de 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo). Su carácter

sancionatorio, por supuesto no exclusivo, y si se quiere secundario, parece desprenderse igualmente del artículo 6º del Código Civil Colombiano: “La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones”. Así también lo entienden Mantilla & Ternera (2005, p.48).

Si ello es así, si la resolución tiene también un componente sancionatorio, recae entonces inmediatamente sobre ella, el principio de la proporcionalidad de las sanciones, aplicable no solo a las sanciones penales o administrativas, sino también a los contratos civiles y comerciales. El acreedor, ante faltas leves de su deudor y que no afecten sustancialmente su interés, deberá conformarse con el ejercicio de otros remedios para satisfacer su interés, pues aniquilar el contrato – la máxima sanción contractual- sería una consecuencia negativa desproporcionada para el deudor con relación al carácter mínimo de su incumplimiento. Apoyan la aplicación del principio de proporcionalidad en estos mismos términos (Villamil, 2016, p. 45; Velásquez, 2010, p. 248).

La solidaridad, consagrada como principio en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política de Colombia, es un deber no solo en cabeza del Estado sino de todos los ciudadanos y con plena aplicación en las relaciones jurídico-privadas (sentencias T- 251 de 1993 y C-459 de 2004 de la Corte Constitucional). En la esfera contractual le impone el deber a ambas partes de cooperar y colaborar entre sí con el objetivo de que sus intereses sean debidamente satisfechos, y ello en virtud de la reciprocidad implícita en los vínculos contractuales de carácter bilateral. El vínculo contractual necesariamente es participativo, pues sin participación de ambas partes no hay unión, y por ende ambas partes deben realizar todos los esfuerzos necesarios para que el contrato sea cumplido cabalmente (Velásquez, 2010, p.24).

También la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sido prolífica en sus pronunciamientos sobre la aplicación del principio de solidaridad a nivel contractual, menciónese por ejemplo la sentencia del 29 de julio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en donde se explayó en consideraciones sobre el deber de solidaridad del asegurado con la víctima en los seguros de responsabilidad civil, a la que deberá informarle debidamente sobre la existencia del seguro (sobre el deber de solidaridad véase también la sentencia del 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas).

El tratadista Velásquez (2010), se ha referido a la aplicación del principio en la excepción de contrato no cumplido:

...Sería un desatino aceptar que un cirujano dejara de practicar una cirugía cuando estando en el quirófano advierte que su paciente no le ha cancelado aún, porque los derechos a la salud y a la vida priman sobre el que se tiene al pago de honorarios...se incurre en abuso del derecho a excepcionar y se afecta la solidaridad, ambos principios constitucionales de inocultable trascendencia en el ámbito social (Const. Pol., art. 95), destruyendo de un tajo la buena fe objetiva y la probidad, que deben asumir los contratantes. (p. 311).

Las anteriores consideraciones son completamente aplicables a la acción de resolución, por lo que se puede afirmar con facilidad que aquel contratante que busca extinguir el contrato a partir de un incumplimiento irrisorio de su contraparte, sin importarle los intereses de esta, se aleja del principio constitucional imperativo de la solidaridad.

En cuanto al principio general del derecho de la buena fe, puede entenderse ella como la exigencia que se le hace a cada parte de un comportamiento leal y diligente frente a los intereses contractuales de su contraparte; se refiere además a honrar la palabra dada y los compromisos contractuales asumidos. Ha sido consagrada en multiplicidad de normas de rango legal: artículo 1603 del Código Civil y artículos 863 y 871 del código de comercio. Dicho canon fue elevado además a rango constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 (principio constitucional desarrollado en sentencias de la Corte Constitucional como la SU-039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, y la T-793 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras). Entonces, ejercitar la acción resolutoria ante incumplimientos intrascendentes implica un claro apartamiento de la buena fe, pues el acreedor no solo está actuando contra su propio propósito de haber celebrado el contrato con un fin específico, sino que también está desconociendo los intereses legítimos que puede tener la otra parte en la ejecución del contrato. Varios son los autores que apoyan el requisito del incumplimiento esencial en la buena fe: (Rengifo, 2017, pp.134 y 137; Villamil, 2016, p.94; Hinestrosa, 2015, p.879; Velásquez, 2010, p. 248; Ospina, 1994, p.593; Arturo Valencia Zea, 1974, p. 178). También las sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 18 de diciembre de 2009 (M.P. Arturo Solarte Rodríguez) y del 30 de agosto de 2011 (M.P. William Namén Vargas). Además, tanto el laudo arbitral de agosto 19 de 2005 de la Cámara de Comercio de Bogotá (Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd), como el laudo arbitral del 14 de enero de 2011 de la Cámara de Comercio de Barranquilla (Ag Continental Litoral Caribe Limitada vs Constructora Rumie Limitada).

Adicionalmente, del principio general del derecho de la buena fe se deriva la máxima de conducta de prohibición de ir contra los actos propios. Se trata de una exigencia a las partes de un mínimo de coherencia, que no desconozcan sus propios comportamientos anteriores. Estos actos le generan una confianza a la contraparte con base en los cuales ella actúa para la maximización de su interés. No puede un acreedor que tolera los incumplimientos pretender la resolución del contrato posteriormente, en tanto sus propios comportamientos dan cuenta de que su interés contractual no fue afectado. Es ir contra los actos propios buscar interponer la acción de resolución si ya le había creado la confianza al deudor que no se iba a ejercer la facultad resolutoria ante esos incumplimientos. Así se desprende de la sentencia de la Sala Civil del 30 de agosto de 2011 (M.P. William Namén Vargas) y de (Velásquez, 2010, p. 248; Neme, 2003, pp. 24-25).

En cuanto al principio de no abuso del derecho, consagrado legalmente en el artículo 830 del Código de Comercio y además elevado a canon constitucional en el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana, podemos decir que esta máxima pretende evitar los ejercicios arbitrarios de derechos y facultades que ocasionen perjuicios a derechos

ajenos. En materia de la acción de resolución, y precisamente en el tema que se toca en esta tesis, se observa entonces que iría en contra de tal principio un acreedor que pretende ejercer la facultad resolutoria ante incumplimientos levísimos de su contraparte. El requisito del incumplimiento sustancial como presupuesto de la resolución ha sido entendido en múltiples ocasiones, por la jurisprudencia y doctrina colombianas, como límite al ejercicio de la facultad resolutoria, evitando con ellos abusos en su interposición. Así lo indican las sentencias de la Sala Civil de diciembre 18 de 2009 (M.P. Arturo Solarte Rodríguez) y del 30 de agosto de 2011 (M.P. William Namén Vargas), como también el laudo arbitral del 31 de julio de 2003 de la Cámara de Comercio de Bogotá (Radiotrónica S.A. vs Teleconsorcio S.A. y otros). En el mismo sentido, (Rengifo, 2017, pp. 134 y 147; Villamil, 2016, p. 91; Hinestrosa, 2015, p. 879; Ospina, 1994, p. 593).

Ahora, ya no en referencia al ejercicio abusivo de la resolución sino al ejercicio abusivo de los remedios que tiene el acreedor frente al incumplimiento, véase la sentencia del 22 de octubre de 2003 de la Sala Civil (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo) y (Rengifo, 2017, pp. 70 y 119-122).

En cuanto al principio de equidad, este se refiere según Franco (2007) a:

La exigencia de un equilibrio contractual donde los intereses particulares sean armonizados en relación con la economía del negocio...es precisamente el criterio de la justa atemperación de los diversos intereses de las partes, respecto de la finalidad y naturaleza del negocio (pp.105-106).

Como principio encuentra su consagración legal en el artículo 32 del Código Civil, artículos 868 y 871 del Código de Comercio y en el artículo 5 de la Ley 153 de 1887. Igualmente, es un principio elevado a rango constitucional en el artículo 230 de la Constitución Política de 1991.

La equidad permite sopesar y valorar los intereses de las partes de una forma justa y equilibrada, y evitar que sus acciones y conductas sobrepasen los límites y el contenido de sus derechos y facultades. En esa medida, debe aceptarse la idea de que el deudor, mientras no se hayan afectado sustancialmente los intereses del acreedor, tenga el derecho a pagar. La equidad como fundamento del concepto de incumplimiento esencial ha sido extensamente invocado. Véanse las sentencias del 11 de septiembre de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, y del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia; el laudo arbitral del 14 de enero de 2011 de la Cámara de Comercio de Barranquilla (Ag Continental Litoral Caribe Limitada vs Constructora Rumie Limitad) e (Hinestrosa, 2015, p. 880).

Seguidamente, con base en el principio de obligatoriedad del contrato, las partes no pueden deshacerse del efecto vinculatorio del contrato salvo mutuo acuerdo o por causa legal (artículo 1602 del Código Civil). Precisamente una de las causas legales, como se demostrará, es el incumplimiento con carácter esencial, en los términos de la sentencia de diciembre 18 de 2009, y de no verificarse esa gravedad en el

incumplimiento, quedarán las partes sujetas a respetar lo que pactaron en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Además, de la fuerza normativa del contrato se desprende el principio de salvación, conservación o permanencia del contrato, que se examinará a continuación.

La conservación del negocio jurídico como máxima, tiene como objeto evitar el aniquilamiento del negocio jurídico, dada su relevancia social y económica, (desde un punto de vista general), y dado que fue el instrumento que las partes eligieron para satisfacer sus intereses (desde un punto de vista particular). Solo puede justificarse su destrucción cuando se presente un hecho de la suficiente entidad para entorpecer su debida ejecución. De no ser sustancial el incumplimiento, el acreedor deberá ejercer otros remedios como la ejecución forzada de la prestación o la indemnización de perjuicios. (Villamil, 2016, p.32-36) sostiene tal postura y señala como ejemplos de normas que permiten la salvación del negocio jurídico los artículos 1501, 1610 y 1620 del Código Civil y los artículos 902, 903 y 904 del Código de Comercio. El concepto de incumplimiento esencial es sustentado reiteradamente en este principio por la sentencia del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez (que también se refiere al principio de normatividad u obligatoriedad de los contratos), por la sentencia del 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas y por (Rengifo, 2017, pp. 134 y 137; Hineirosa, 2015, p. 882; Oviedo, 2015a, p. 88)

En conclusión, y con base en todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que el incumplimiento esencial como requisito de la acción de resolución, guarda estrecha correspondencia con el contenido y sustancia de los principios constitucionales y legales que informan nuestro sistema jurídico.

1. 2. Relevancia social y económica del contrato

Los principios de obligatoriedad o normatividad y de conservación del negocio jurídico, tienen un trasfondo práctico que justifica su existencia. Ese trasfondo práctico obedece principalmente a la utilidad que presenta el contrato desde el punto de vista económico y social. Por supuesto no nos referimos a su mera celebración sino especialmente a su debida ejecución. El acreedor tiene la facultad de darlo por terminado ante un incumplimiento grave de su deudor, pero mientras ello no sea así, existen principios constitucionales y legales de mayor jerarquía que se lo impiden. Estos principios, como se dijo, encuentran a su vez sustento existencial en la relevancia social y económica que el derecho colombiano le reconoce al contrato.

El principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes... se materializa la voluntad del legislador patrio de consagrar la fuerza vinculante de los contratos, es decir su función ordenadora de las relaciones sociales (Sentencia Corte Suprema de Justicia, del 17 de agosto de 2016, M.P. Ariel Salazar Ramírez).

Hay que destacar entonces esa relevancia económica y social del contrato. La regulación de los diferentes contratos civiles y mercantiles así lo muestra. El Código Civil y el Código de Comercio tipifican y reglamentan una serie de convenciones o instituciones que son necesarias para el desarrollo de la actividad económica: la compraventa, la permuta, el arrendamiento; la sociedad; la fiducia; el depósito; la consignación; el mandato; la agencia; el seguro; el transporte; el contrato bancario; el contrato naval, por no citar sino algunos. A los que hay que agregar los diferentes contratos innominados que continuamente se crean ante el auge de las nuevas tecnologías y las innovaciones en los negocios con respecto a los mercados financieros y bursátiles.

Es que el instrumento jurídico que se requiere para desarrollar la actividad económica sigue siendo fundamentalmente el contrato. Este permite que se creen y ejecuten los negocios civiles y mercantiles que son indispensables para que el modelo económico imperante en Colombia logre sus objetivos. Más aún, adquiere mayor relevancia en la medida en que constituye el medio en que interactúan el empresario y los consumidores de sus productos o servicios, estableciendo las reglas que han de regir sus relaciones. En fin, el contrato es el medio utilizado en la ejecución del intercambio económico.

Y el debido intercambio económico no es irrelevante jurídicamente; por el contrario, es básicamente el pilar de lo que llamamos la “Constitución Económica”, en la que se consagra claramente un sistema económico capitalista (artículos 333 y 334 de la Constitución Política de 1991). El sistema capitalista, con las limitaciones propias de un Estado Social de Derecho claro está, tiene al libre intercambio económico como su pilar, el que se derrumbaría sin la herramienta fundamental del contrato y su debida ejecución. Dicho esto, no se necesita de mucho más para concluir, es de sentido común, que la gravedad del incumplimiento como requisito de la extinción de los contratos, está íntimamente ligada con el sistema económico constitucional.

Son muchos los contratos, civiles y mercantiles, que usualmente finalizan por el decreto de resolución ante el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes. ¿Cuántos de esos contratos no se habrían ejecutado y cumplido si con un poco de profundización en el tema de la entidad del incumplimiento se hubiese podido determinar que ameritaban su vigencia y no su destrucción?

Ahora, su relevancia no solo es económica, sino también social. Si se logra ejecutar el contrato, las relaciones sociales no se alteran, constituyendo así camino de convivencia social, indispensable para mantener un orden justo y armónico. Convivencia pacífica que es precisamente uno de los fines filosóficos del derecho y que no es irrelevante para nuestra Constitución Política, pues goza de tutela constitucional tanto en el preámbulo como en su artículo 95 numerales 4 y 5.

En conclusión, la supervivencia del contrato permite mantener la fe en la actividad económica y su debida ejecución. Con ello, como se expresó antes, se fortalecen y consolidan las relaciones sociales, particularmente las que sustentan la oferta, negociación y adquisición de bienes y servicios, tan necesarias en el desarrollo económico y justo de una sociedad.

1.3. La gravedad del incumplimiento en materia administrativa y laboral.

El derecho civil y el derecho comercial hacen parte del derecho privado, y este último a su vez es una de las múltiples y variadas manifestaciones de la producción de normas al interior del sistema jurídico. Dichas normas, y sus diversas expresiones en diferentes áreas o campos del derecho (constitucional, penal, civil, comercial, administrativo etc.), no son producidas, o por lo menos no buscan ser producidas, en teoría, de forma desorganizada y arbitraria. Ellas hacen parte del sistema jurídico, que como cualquier sistema, en su acepción correcta, implica la ordenación, organización y estructuración, lógica y coherente, de unos elementos.

En esa medida, bien vale la pena detenerse rápidamente para examinar si en otras áreas del derecho existe una manifestación de la esencialidad del incumplimiento como presupuesto de la terminación o resolución de los contratos. Pues de ser así, veremos que tal requisito, el de la gravedad del incumplimiento, y los principios que subyacen en él, no dependen solo de una interpretación e integración de normas del Código Civil y del Código de Comercio, sino que es un concepto que informa todo el sistema jurídico.

Nos referiremos propiamente a lo que ocurre en el derecho laboral y en el derecho administrativo, pues en las relaciones laborales y en la actividad estatal nos encontramos frecuentemente con el contrato como medio recurrente para la regulación y satisfacción de intereses. Cuando nos referimos al derecho administrativo, hablamos propiamente de la contratación estatal y principalmente de su regulación en la Ley 80 de 1993 y la interpretación que de ella encontramos en la jurisprudencia del Consejo de Estado. En materia de derecho laboral, nos concentraremos principalmente en el contrato individual de trabajo.

Pues bien, en materia de contratación administrativa, el artículo 18 de la ley 80 de 1993 prescribe:

La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...

Se tiene con base en el artículo anterior, que para que se pueda declarar la caducidad del contrato por incumplimiento y por parte de la administración: "...ese incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie que conduce a su paralización" (sentencia del 24 de octubre de 2013, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero). En el mismo sentido se pronunció la Subsección C de la misma Sección Tercera, en sentencia del 26 de junio de 2014, consejero ponente Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Existe además abundante jurisprudencia del Consejo de Estado, ya no frente a la terminación del contrato estatal sino frente a la excepción de contrato no cumplido, en aquellos casos en que el contratista, principalmente en contratos de obra pública, se abstiene de ejecutar sus obligaciones alegando un previo incumplimiento de la entidad estatal en pagarle el anticipo o en suministrarle la información necesaria para ejecutar la obra. En dichas providencias se acepta la posibilidad de que el contratista se acoja a la excepción de contrato no cumplido y suspender el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se trate de incumplimiento grave, de gran entidad y significación, por parte de la entidad estatal que ponga al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir⁷.

Por otro lado, el Código Sustantivo del Trabajo, igual que la Ley 80 de 1993 ya examinada, y a diferencia del Código Civil y del Código de Comercio, prescribió expresamente:

Artículo 62. Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminación unilateralmente el contrato de trabajo: A) Por parte del Empleador: ... 2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina... 3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos... 4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia...6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos... B) Por parte del trabajador: ... 2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves...8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al patrono, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias, siendo la más reciente al respecto la del 13 de septiembre de 2017 (SL

⁷ Podemos encontrar al respecto las siguientes sentencias del Consejo de Estado, en su Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo: Expediente 2509 (M.P. José Alejandro Bonivento Fernández: Febrero 16 de 1984); Radicación número: 4739, 4642 y 5951 (M.P. Julio Cesar Uribe Acosta: Enero 31 de 1991); Radicación número 73001-23-31-000-1997-05001-01 (15307) (M.P. Ramiro Saavedra Becerra: Septiembre 28 de 2006); Subsección B. Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01 (24217) (M.P. Danilo Rojas Betancourth: Enero 30 de 2013); Subsección A. Radicación 25000-23-26-000-1995-01431-01 (21081) (M.P. Hernán Andrade Rincón: Abril 29 de 2015); Subsección C. Radicación número 44001-23-31-000-2004-00405-01(34056) (M.P. Jaime Olga Mérida Valle de De la Hoz: Julio 1 de 2015); Subsección C. Radicación número 25000-23-36.000-2013-00802-01 (53206) (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: Octubre 23 de 2017); Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-10969-01 (42171) (M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas: Julio 9 de 2018).

16298, Radicación 55472, M.P. Ana María Muñoz Segura), y en consonancia con el Código Sustantivo del Trabajo, ha sostenido que la gravedad del incumplimiento en materia laboral puede venir tanto de la ley, como por acuerdo entre las partes en pactos o convenciones colectivas, reglamentos internos de trabajo y en el contrato individual de trabajo. Aclara que tratándose de las primeras el sentenciador deberá calificar su gravedad para que proceda la terminación del contrato de trabajo, y que en cambio en las pactadas convencional o contractualmente o fijadas reglamentariamente, el fallador deberá someterse a si allí se denominó la falta como grave o no, sin poder entrar a cuestionar dicha calificación convencional.

De todo lo anterior se desprende que el incumplimiento grave como presupuesto de una acción extintiva del contrato, o como se vio en algunos casos frente a la excepción de contrato no cumplido, es un tema no solo tratado constantemente en la legislación laboral y administrativa, sino que además tiene allí consagración expresa legal. Así, concluir, como en efecto lo haremos, que la esencialidad del incumplimiento es un requisito de la acción de resolución en el derecho privado colombiano, guarda estricta coherencia con las soluciones que el sistema jurídico colombiano ofrece en contratos de naturaleza diversa.

Incluso, para finalizar, conviene agregar que en materia del derecho del consumo, el estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011, artículo 11) solo permite solicitar la reposición del bien o la devolución del dinero cuando no es posible reparar el bien o cuando haya fallas repetitivas, y además siempre teniendo en cuenta las características del defecto.

1.4. Normas legales del Código Civil y del Código de comercio que integran el concepto de incumplimiento esencial.

Una vez constatado que el requisito de la esencialidad del incumplimiento, cuyo objetivo es el mantenimiento de la vigencia del contrato ante incumplimientos leves o ejercicios abusivos de la facultad resolutoria, respeta y optimiza los valores, principios y fines constitucionales, y también el contenido de los principios generales del derecho; y que de no ser así sencillamente dicho requisito carecería de validez en nuestro sistema; corresponde ahora realizar una tarea interpretativa e integrativa de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, con base en las normas legales del Código Civil y del Código de Comercio.

Claramente de la mera literalidad de ambas normas no se desprende la exigencia de la gravedad del incumplimiento. Con razón señala Oviedo (2019) qué:

Otro interrogante consiste en señalar que las normas mencionadas no se refieren a la gravedad que debe revestir el incumplimiento. Por ello, la pregunta se puede plantear así ¿Cualquier grado de incumplimiento da lugar a la ejecución forzosa o a la resolución del contrato además de la indemnización? (p. 114).

En el mismo sentido, esto es, confirmando el vacío normativo en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, Hinestrosa (2015, p. 880-881). También Mejías (2018, p. 57 y 115) y Vidal (2009, p. 247), señalan que el artículo 1489 del Código Civil Chileno, idéntico al artículo 1546 del Código Civil Colombiano, adolece de un vacío normativo en cuanto a la regulación de la esencialidad o sustancialidad del incumplimiento. Y también Álvarez (2009, p. 171), frente a la norma que regula la acción de resolución en España, similar a la colombiana y chilena. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 5 de julio de 2019 (M.P. Álvaro Fernando García Restrepo), concluyó igualmente que la falta de regulación o pronunciamiento del artículo 1546 C.C. frente a un tópico o tema jurídico específico (en ese caso se trataba el tema de los incumplimientos recíprocos), constituía vacío normativo o legal.

Se hace entonces necesario determinar la existencia del requisito de la gravedad del incumplimiento a partir de la utilización de múltiples normas civiles y comerciales de carácter especial que sí se refieren a tal requisito, y que mediante una operación de integración permitirán llenar el vacío de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Ello con el fin de obtener una interpretación final de ambas normas cuyo resultado sea precisamente la afirmación de la existencia del requisito del incumplimiento esencial; lo que a su vez permitirá otorgar coherencia a estas dos normas frente a los principios constitucionales y legales de nuestro sistema jurídico enunciados y explicados en acápite anterior.

Recordemos que el artículo 1546 del Código Civil dispone:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Por su parte el Código de Comercio prescribe en su artículo 870: “En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”

Identificado así el vacío en el texto legal, puesto que el legislador guardó silencio en lo referido a si el incumplimiento debe tener alguna cualificación para abrir paso a la acción de resolución, es pertinente recurrir al principal procedimiento de integración legal establecido en la ley colombiana: la analogía. Esta nos permitirá encontrar soluciones normativas a supuestos específicos no previstos por el legislador en las dos normas ya referidas, a partir de la extensión de las soluciones que otras normas similares, del Código Civil y del Código de Comercio, sí contienen.

En materia civil, para la integración analógica del artículo 1546 del Código Civil, recurriremos al artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el cual señala: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de

derecho". Esta norma señala un claro orden para realizar el proceso integrativo de los vacíos normativos. Ese orden consiste en darle prevalencia a las normas vigentes que regulen casos o materias semejantes, esto es, a la integración por analogía.

Desde la óptica mercantil, para efectos de integrar el artículo 870 del Código de Comercio, recurriremos a los artículos 1º y 2º del Código de Comercio, que demandan realizar el proceso de integración a partir de la analogía con normas mercantiles en primer lugar, para luego autorizar la utilización de las disposiciones de la legislación civil. Esta última remisión, al derecho civil, se refuerza con lo plasmado en el artículo 820 del Código de Comercio, que prescribe:

Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

Siendo la acción de resolución uno de los modos de extinguir los actos y contratos (en los términos del artículo 820 del Código de Comercio), será válido recurrir a normas civiles especiales en materia resolutoria, para integrar el vacío del artículo 870 en materia de gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución contractual.

Así las cosas, tanto la ley civil como la ley mercantil nos permiten recurrir a disposiciones civiles como mercantiles para la integración de sus preceptos, lo que realizaremos a continuación mediante el procedimiento analógico.

Ahora, para poder efectuar dicha integración analógica de forma exitosa, nos preguntaremos: ¿Existen otras disposiciones en nuestro derecho privado que exijan la gravedad del incumplimiento como requisito de la acción de resolución en determinados eventos, y que a su vez nos permitan integrar el vacío normativo de los artículos 1546 y 870, con el fin de poder concluir que el incumplimiento esencial es un requisito general de toda acción de resolución? La respuesta es afirmativa.

Veamos:

Tal como se señaló en apartes anteriores, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio demandan que los contratos sean ejecutados de buena fe. Como se había dicho, no se observa el principio de la buena fe cuando abusivamente se pretende terminar un contrato por un incumplimiento irrelevante, pues el acreedor estaría actuando en contra de su interés contractual que todavía puede ser satisfecho por el deudor, y además desconociendo y afectando los intereses de su contraparte contractual. Este principio consagrado legalmente es general y por lo tanto es aplicable a cualquier negocio jurídico, como el contrato.

Nos encontramos también con algunas normas de interpretación negocial, como las contenidas en los artículos 1618, 1620 y 1624 del Código Civil que propenden por la conservación del negocio jurídico. Todas ellas de aplicación general a los negocios jurídicos. El 1618 ordena que el intérprete debe darle prevalencia a la intención de las partes sobre la literalidad de las palabras, lo que aplicado a nuestra situación podría llevar a sostener que ante el claro incumplimiento de una cláusula contractual deberá preferirse la satisfacción del interés con el remedio del cumplimiento (incluso acompañado de indemnización de perjuicios) si acaso se logra averiguar de la voluntad de las partes (no incorporada en lo literal de algún contrato pero sí implícita en él) que tal incumplimiento realmente no afectaba el interés del acreedor.

Igualmente, el artículo 1620 prescribe que debe preferirse en la interpretación del negocio jurídico aquel sentido que le dé efectos a sus cláusulas sobre aquel que se los quite: ante la duda de si un incumplimiento es grave o no, debe preferirse aquella interpretación que permita la conservación del negocio jurídico. En diferente sentido, pero con el mismo efecto, el artículo 1624: en caso de duda deberá hacerse la interpretación a favor del deudor, es decir, a favor de quien incumplió y en contra de quien pretende la acción resolutoria.

Ahora veamos el artículo 1648 del Código Civil, de especial importancia por tratarse de disposición de carácter general. Si bien se refiere específicamente a obligaciones de cuerpo cierto, exigiendo que el deterioro de este sea de importancia para dar lugar a la resolución, también es cierto que se trata de una norma transversal a cualquier negocio jurídico, pues siempre que el negocio contenga una obligación de cuerpo cierto la norma será aplicable. Es tal la relevancia de esta norma, por su carácter general, que hasta se podría pensar que ella bastaría para integrar las normas generales de la resolución (1546 y 870), pues no es posible encontrar un argumento válido y razonable para explicar por qué razón al legislador le importaría conservar el negocio jurídico ante incumplimientos defectuosos de una obligación con prestación de dar o entregar cuerpo cierto y no frente a obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer.

En relación con la compraventa, tal vez el negocio jurídico de mayor trascendencia por ser el de más uso en cualquier sociedad contemporánea y por ser el que ha sido más regulado, analizado y desarrollado, se deben tener presentes los artículos 1870 y 1888. El primero solo permite que el comprador disuelva el contrato cuando a la cosa vendida le faltare, al momento de perfeccionarse el contrato, una parte “considerable”. En el segundo, cuando se trata de ventas por cabida, solo se permite al contratante desistir del contrato si la diferencia de la cabida entregada respecto de la declarada es sustancial, en los términos que la misma norma especifica.

En la compraventa mercantil el artículo 948 del Código de Comercio, ante el incumplimiento del comprador, no le permite al vendedor resolver si el comprador le asegura el pago. Y en el artículo 962 del Código de Comercio, referido a la venta con reserva de dominio y cuando el precio se ha pactado pagar por cuotas, solo hay lugar a la resolución si las cuotas no pagadas exceden la octava parte del precio total de la cosa. El artículo 966 del Código de Comercio le permite al comprador recuperar la cosa del

vendedor si, después del incumplimiento, paga dentro de los tres meses siguientes junto con los intereses.

También en materia de compraventa, existen diferentes normas como los artículos 1909, 1911, 1915 y 1925 del Código Civil y artículos 932, 937 y 940 del Código de Comercio, que solo permiten al acreedor dejar sin efectos el contrato por la vía judicial cuando se verifique que los vicios redhibitorios o la evicción de la cosa son de elevada entidad. Si no se cumple dicho requisito el comprador solo tendrá derecho a las acciones de saneamiento, como la rebaja del precio o la indemnización de perjuicios respectivamente.

Adquieren especial relevancia las normas que regulan el contrato de arrendamiento en el Código Civil, como lo son los artículos 1984, 1986, 1988 y 1990. Solo podrá el arrendatario dar por terminado el contrato cuando la mora en la entrega, por parte del arrendador, disminuya notablemente su interés en el contrato. Solo podrá dejar sin efectos el contrato cuando las reparaciones necesarias que el arrendador haga sobre la cosa, o también por actuaciones de terceros, perturben de forma importante el goce de la cosa. En el mismo sentido, solo podrá darlo por resuelto cuando el mal estado de la cosa en arriendo sea sustancial o de suficiente entidad. Y respecto al arrendador, artículo 1997, solo este podrá poner fin al arrendamiento cuando los deterioros de la cosa, a raíz del incumplimiento del arrendatario en su conservación, sean graves.

En cuanto al contrato de suministro el artículo 973 del Código de Comercio señala:

El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

Frente al contrato de transporte el artículo 1032 del Código de Comercio prescribe:

El daño o avería que haga inútiles las cosas transportadas, se equipará a pérdida de las mismas. Hallándose entre las cosas averiadas algunas piezas ilesas, el destinatario estará obligado a recibirlas, salvo que fuere de las que componen un juego. En los demás casos de daño o avería, el destinatario deberá recibirlas y el transportador estará obligado a cubrir el importe del menoscabo o reducción, en forma proporcional y conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

El incumplimiento esencial en materia de agencia comercial se observa en el artículo 1325: "Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: 1) Por parte del empresario: a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley..."

En el contrato de servicios públicos domiciliarios --que con base al artículo 132 de la Ley 142 de 1994 le son aplicables las normas del código civil y del código de comercio--, dice

el artículo 141 de la misma ley que la empresa de servicios públicos solo podrá dar por terminado el contrato ante un incumplimiento reiterado o grave.

Consideramos importante en todo caso citar algunas normas que no se refieren propiamente a incumplimientos, pero que en ellas subyace la idea de mantener vigente el contrato en la mayor medida posible ante un evento o vicio que afecte su eficacia. Así en los artículos 1947 y 1948 del Código Civil se dispone que no hay lugar a la rescisión por lesión enorme si se completa el precio a su valor real. Y los artículos 104 y 109 del Código de Comercio prescriben que en materia de sociedades mercantiles el vicio respecto de uno de los contratantes no afecta la validez del contrato societario, solución idéntica a la que en los negocios plurilaterales da el artículo 903 del mismo estatuto, eventos ambos en los cuales solo la afectación esencial de todo el acto generará su ineficacia.

Y para finalizar, el artículo 35 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (aprobada mediante ley de la república No. 518 de 1999), el cual señala:

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Tal vez la norma más importante de las que se han citado hasta acá, por ser la única que regula íntegramente el tema del incumplimiento esencial a partir de sus artículos 25 y siguientes. Esta disposición se analizará a profundidad en el capítulo segundo de este trabajo, ya que su utilización nos permitirá establecer, en el capítulo tercero, cuáles son los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento en Colombia.

A partir de lo anteriormente expuesto, culminando este análisis de nuestra legislación civil y mercantil, podemos concluir que el vacío en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de comercio es más aparente que real, en tanto podemos dar cuenta que en nuestro derecho privado subyace el principio de que aquellos eventos que sean presupuesto de la ineficacia del negocio jurídico (como la resolución del contrato, la nulidad parcial, la disolución o la terminación unilateral), solo pueden producir el aniquilamiento completo del negocio cuando dicho hecho (sea un vicio o un incumplimiento), tenga un impacto sustancial e importante en el negocio jurídico. Mucho más si la mayoría de las normas que sustentan la existencia de este principio, que ya citamos, se refieren a la acción de resolución por incumplimiento en un contrato bilateral.

Es tal la cantidad de normas legales especiales, además de las ya citadas de aplicación general, que exigen la gravedad del incumplimiento, que se pierde su grado de especialidad y nos permiten afirmar que este es un principio implícito en toda acción de resolución. Si en la mayoría de las normas especiales, sin importar el vacío en las dos normas generales (1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio), se nos exige

tal requisito cuando pretendemos interponer la acción de resolución, pues de simple lógica puede concluirse que no se trata de una excepción sino de una regla general.

Si se pudiera dar tan solo un argumento válido y razonable para sostener que el legislador determinó la exigencia de la gravedad única y excepcionalmente para todos los casos de obligaciones de prestación de dar o entregar cuerpo cierto (1648 C.C.) y además para los contratos de compraventa, de arrendamiento, de transporte, de agencia comercial, de suministro, de compraventa internacional de mercaderías, de servicios públicos domiciliarios etc. (básicamente toda la economía en una sociedad); habría que concluir que tal requisito, justo o no, fue lo que determinó el legislador. Pero no habiéndolo, y ante la abundancia de reglas jurídicas especiales y otras normas de carácter general que sí exigen tal gravedad, y la aplicación de principios generales del derecho que dan cuenta de la corrección de tal requisito, la conclusión no puede ser distinta a que en Colombia no puede prosperar la acción de resolución si el acreedor no demuestra la gravedad del incumplimiento.

1.5. El incumplimiento esencial en la jurisprudencia colombiana.

Para abundar en argumentos en esta tarea demostrativa, miraremos además que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la jurisprudencia arbitral se han referido constantemente a la exigencia de la entidad del incumplimiento como requisito de la acción de resolución.

1.5.1. La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Debe mencionarse de entrada, en todo caso, que para la Corte Suprema de Justicia no siempre ha sido un presupuesto de la acción resolutoria el incumplimiento esencial. Así lo dejó entrever en la sentencia del 29 de abril de 1935 de su Sala de Negocios Generales:

La acción resolutoria tiene cabida en caso de inejecución parcial de una obligación contractual como es la de pagar el precio en el contrato de compraventa...respecto de otras obligaciones contractuales distintas de la de pagar el precio, no veo motivo para poner en duda que la falta de ejecución, aunque sea parcial, por parte de uno de los contratantes, dé también lugar a la acción resolutoria, si se atiende a que el artículo 1546 del Código Civil es general en sus términos y no hace distinción alguna (como se citó en Navia, 2008, p. 58).

También en sentencias de la Sala Civil de la misma Corporación, del 13 de julio de 1943 y del 23 de mayo de 1976 se dejó implícita la idea de que cualquier incumplimiento, independiente de su cualificación, permite la prosperidad de la acción de resolución (como se citó en Navia, 2008, pp. 58-59).

En la misma línea la sentencia de mayo 22 de 1991 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Se trató de un caso referido a un contrato de promesa de compraventa. La promitente compradora acordó pagar el precio de 3.500.000 de la

siguiente forma: 800.000 al momento de celebrarse la promesa, 900.000 al mes siguiente y el saldo de 1.800.000 al momento del otorgamiento de la escritura pública. La promitente compradora incumple el segundo pago (900.000 pesos), pues no los paga exactamente al mes siguiente del contrato de promesa sino 744.000 pesos con dos o tres días de retraso y el saldo de 156.000 pesos, más intereses, un día antes del día convenido para otorgar la escritura pública de compraventa; asistiendo además a la Notaría al día siguiente con la suma de 1.800.000 pesos, tal como lo señalaba el contrato para cancelar la última cuota. La Corte Suprema decretó la resolución del contrato por la mora en haber pagado los 900.000 pesos (segundo instalamento), aunque estos se hubieran pagado y con intereses antes de la fecha de la escritura pública y aunque la promitente compradora también hubiera acudido al otro día a la Notaría a pagar el 1.800.000 pesos restante, e ignorándose además todas las actuaciones de la promitente compradora tendientes a insistir en el cumplimiento del contrato. En palabras de la Corte, el haber pagado extemporáneamente configuró la mora y con ello el incumplimiento con base en el artículo 1608 C.C., afirmando esta corporación que basta un incumplimiento parcial de cualquiera de las obligaciones para que se pueda resolver el contrato (como se citó en Canosa, 1993, pp. 109-124).

Adicionalmente esta última providencia se remite a la decisión de la misma Sala del 22 de noviembre de 1965, T. CXIII, 187, en que se señaló que la acción resolutoria procede: "...no sólo en el caso de falta absoluta de cumplimiento del contratante infiel, sino también en el de su incumplimiento parcial, que rompe el plano de equilibrio de las partes en el negocio".

En sentencia del 26 de enero de 1994 (no publicada oficialmente y citada en sentencia del 18 de diciembre de 2009 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia), se dijo que cualquier forma de desajuste entre la prestación debida y la conducta desplegada por el deudor, sea un incumplimiento total, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío, es antijurídico y da derecho a que el acreedor solicite la resolución.

Enunciadas estas sentencias excepcionales que descartaron la existencia del requisito que aquí se estudia, pasemos a examinar la abundante jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que ha hecho énfasis en la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución contractual.

En sentencia del 15 de octubre de 1968, M.P. Guillermo Ospina Fernández, la Corte especificó en materia de acciones edilicias que:

Para la acción estimatoria el vicio debe ser grave, aunque no alcance la importancia necesaria para la procedencia de la acción redhibitoria, o sea que para el ejercicio de aquella no se requiere que el vicio inhabilite la cosa para su uso natural o lo haga servir imperfectamente (artículo 1925).

Conclusión que guarda correspondencia con la idea actual de que el incumplimiento debe tener una trascendencia especial cuando se trata de aniquilar el contrato; exigencia que no se predica en las acciones indemnizatorias.

En sentencia del 11 de septiembre de 1984, se revisó una compraventa sobre un inmueble por valor 2.200.000 pesos. El comprador, quien ya había pagado parte del precio, se obligó a pagar los últimos 600.000 pesos dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de suscripción de la escritura pública. Si bien el comprador no pagó en dicho plazo, posteriormente hizo un abono para llegar a un pago total de 2.100.000, momento en el cual ambas partes convinieron que el saldo insoluto de 100.000 pesos con sus intereses habrían de pagarse en fecha determinada por las partes en la notaría. Llegada la fecha, el comprador se presentó a la Notaría con dos cheques para cubrir el pago, el vendedor no acudió a la Notaría alegando que el pago debía ser en efectivo y no en cheques. El Tribunal Superior de Medellín señaló que no es posible deshacer el contrato porque lo adeudado es una cuantía muy baja con relación al precio total (la veintidosava parte) y además porque hubo un nuevo acuerdo entre las partes sobre el saldo todavía adeudado (100.000 pesos); fue el vendedor quien no cumplió ese nuevo acuerdo. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia asumió similar posición y no casó la sentencia, estableciendo que es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse en la importancia del incumplimiento que la ley requiere para que prospere la acción de resolución. En justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra. Dice la CSJ que para que el examen de la acción resolutoria sea congruente con la equidad se deben examinar todas las circunstancias de hecho aplicables al caso: la cuantía del incumplimiento parcial, la renuencia del acreedor a recibir el saldo, el propósito serio a pagarlo que el deudor tuvo siempre, el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera del término estipulado y su exigencia de intereses por esa mora que el consintió.

En sentencia de marzo 15 de 1990 y sin tener que ver la gravedad del incumplimiento con el fondo del litigio, la Corte Suprema al enumerar los requisitos de la acción resolutoria, especifica que el incumplimiento debe tener una gravedad o entidad suficiente para la prosperidad de la acción.

Posteriormente, en sentencia del 7 de marzo de 1997, se conoció un caso en donde se celebró un contrato de promesa de permuta, en virtud del cual el primer permutante (demandante) traditaría un inmueble y un vehículo al segundo permutante (demandado), y este último traditaría dos inmuebles y un vehículo al primer permutante. El día en que ambas partes concurren a celebrar la escritura pública de permuta, en virtud de la cual se hicieron las tradiciones prometidas, por un error de la notaría y porque ambos suscribieron la escritura embriagados y sin revisar su contenido diligentemente, se omitió uno de los inmuebles que el demandado había prometido traditar. Sin embargo, el demandado, prácticamente de forma inmediata, requirió verbal y judicialmente al demandante para presentarse de nuevo en la notaría y aclarar la escritura pública contentiva del error. La Corte Suprema de Justicia señala que por diversas razones de índole jurídico y económico no procede aquí la acción de resolución, pues se trataba de

un contrato parcialmente cumplido en el que el contratante incumplido siempre mostró ulteriormente, y antes de la presentación de la demanda, muestras de intención en cumplir con sus obligaciones; además, por la irrelevancia del incumplimiento frente al interés económico del contrato, pues el contrato fue cumplido en importante porcentaje y solo quedó faltando la tradición de un pequeño lote, que, entre otras cosas, ya venía siendo poseído pacíficamente por el demandante.

En el caso resuelto en la sentencia del 21 de septiembre de 1998, se celebró contrato de promesa de compraventa de un inmueble entre una entidad financiera (demandante-promitente compradora) y un promitente vendedor (persona jurídica- demandado). Se pactó un pago por instalamentos del precio, dejando una última cuota para pagarse el día de la fecha de la celebración de la escritura pública. Por otro lado, se sometió la celebración de la escritura pública de compraventa a las siguientes condiciones: a) la expedición, protocolización y registro del reglamento de propiedad horizontal del edificio del cual hacía parte el local, todo lo cual efectivamente se cumplió, y b) que la Superintendencia Bancaria autorizara tal adquisición, para lo cual la entidad financiera demandante debía enviar comunicación de permiso a la Superintendencia dentro de los 10 días hábiles siguientes a la celebración de la promesa de compraventa. La promitente compradora cumplió con todas sus obligaciones debidamente salvo una: envió la solicitud de permiso no a los 10 días hábiles después de la suscripción del contrato de promesa, sino 7 meses después, tiempo para el cual efectivamente se dio el permiso para la adquisición. A raíz de ello el demandado no se presentó a la Notaría a suscribir la escritura pública de venta. La Corte Suprema sostuvo que la acción de resolución era procedente, puesto que el cumplimiento tardío de la prestación no detiene la prosperidad de la resolución en casos donde el plazo haya sido esencial y su no observancia haya afectado el fin práctico que tenían las partes al momento de contratar; como en efecto ocurrió en este, puesto que la venta se hubiese celebrado más rápidamente de no haberse demorado ostensiblemente la demandante en la consecución del permiso de adquisición, evento en el que probablemente no le hubieran embargado al demandado el inmueble que había prometido en venta y que lo puso en imposibilidad de cumplir. Finalmente, se destaca que es una obligación esencial en el contrato de promesa el tiempo o plazo estipulado para efectos de celebrar el contrato prometido.

En sentencia del 7 de marzo de 2000, si bien la gravedad no fue el asunto de controversia, la Corte acepta el requisito al afirmar implícitamente en varios apartes que para la prosperidad de la acción de resolución no basta el simple incumplimiento, sino que debe tener relevancia jurídica o carácter resolutorio.

En sentencia del 22 de octubre de 2003, se conoció un caso en donde se celebró un contrato de promesa de compraventa. El precio se fijó para pagarse parte al momento de celebración de la promesa y la otra parte para pagarse en varios instalamentos semestralmente. Posterior a la celebración del contrato de compraventa prometido, y ante el incumplimiento en una de las cuotas, el vendedor inició proceso ejecutivo hipotecario y aplicó la aceleración del plazo de las demás cuotas restantes en virtud de la cláusula acceleratoria pactada. Sin embargo, desistió del proceso ejecutivo hipotecario tras 9 años de no lograr la satisfacción del crédito en este proceso ejecutivo bastante

dilatado y con varios obstáculos. Posteriormente, interpuso una demanda de resolución contractual. La parte compradora sostenía que el proceso ejecutivo y la acción de resolución se habían iniciado por el incumplimiento de un instalamento que correspondía solo al 3% del precio. La Corte Suprema dio vía libre a la resolución, al considerar que la parte demandante al hacer uso de la cláusula aceleratoria había exigido el pago de obligaciones que ascendían a un total del 37% del precio, aunque el incumplimiento inicial se refiriera únicamente a una cuota que correspondía al 3% del precio, lo que consideró grave con base en un criterio cuantitativo. Es de resaltar que esta providencia cita la sentencia proferida en 1984 y reitera sus fundamentos y criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento. Llama la atención que la Corte Suprema no haya tenido en cuenta que la demandada consignó la totalidad de lo adeudado mientras el proceso ejecutivo estaba vigente (el desistimiento procesal por parte del vendedor había sido negado por el juez y aun se encontraba en trámite de apelación), con el argumento de que se trataba de un intento de pago arbitrario que no se había hecho con base en una previa liquidación judicial del crédito.

En la sentencia del 7 de noviembre de 2003, se examinó un contrato de promesa de permuta. Un promitente permutante se obligó a traditar un inmueble. El otro se obligó a traditar un vehículo, un inmueble en Medellín, un local comercial y 10.000.000 de pesos. En la escritura pública no se cumple por el segundo permutante la tradición del inmueble en Medellín. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia declara resuelto el contrato de promesa de permuta por no haberse cumplido la obligación de traditar el inmueble. La Sala, partiendo de la idea de que el análisis debe realizarse a partir del interés económico del negocio jurídico, señala que el inmueble avaluado en 100 millones de pesos correspondía en su valor al 53% del valor del inmueble que iba a traditar el primer permutante (que valía 185 millones de pesos). Se concluye que el incumplimiento es esencial con base en un criterio cuantitativo y en la afectación al equilibrio negocial por la íntima interdependencia entre ambas obligaciones. Se resalta que esta sentencia se refiere a lo sostenido en la sentencia del 7 de marzo de 1997, aclarando la Corte en esta nueva oportunidad que si bien la resolución no procede cuando el incumplimiento es parcial y el deudor muestra su voluntad de satisfacer el interés del acreedor, dicha doctrina no procede en este nuevo caso por tratarse de un incumplimiento sustancial o relevante en razón al análisis comparativo del valor de cada una de las prestaciones a las que estaban obligadas las partes.

Una compraventa mercantil de una máquina empacadora fue analizada en la sentencia del 14 de enero de 2005, en donde el comprador alegó que la misma no fue entregada con base en las indicaciones dadas, por lo que no funcionó de forma satisfactoria al no llenar el número de bolsas requerido en el tiempo y con el peso determinados en el contrato, además del insatisfactorio desempeño de la máquina que presentó múltiples fallas. La Corte aclara que la gravedad del incumplimiento es un presupuesto tanto de la acción redhibitoria como de la acción de resolución genérica, pero niega que en el caso sea posible ejercer la acción de resolución genérica pues los desperfectos no son de una entidad que inutilice el artefacto de manera ostensible, asimilable a una falta total de entrega (completa inutilidad), sino defectos que dificultaron el goce de la cosa o la hicieron ineficiente para la labor contratada -los cuales deben ser cuestionados por la vía

de la acción redhibitoria-; si la cosa funciona imperfectamente pero funciona, la acción a interponer debe ser la redhibitoria. Concluye que en materia de vicios redhibitorios del objeto, la regla general es la procedencia de la acción redhibitoria, y solo en casos excepcionales la acción de resolución general establecida en el artículo 870 del Código de Comercio, atendida la necesidad de pervivencia del contrato y las mayores exigencias sobre la magnitud del daño en la acción resolutoria general.

En fallo del 18 de enero de 2007, la Corte examina un contrato de suministro en virtud del cual la suministrante adquirió no solo la obligación de vender en forma periódica unos productos sino que además, de forma previa a cada suministro, debía informarle a la suministrada sobre la disponibilidad de los bienes requeridos, su origen, precio de mercado, calidad y descripción, para que así la suministrada pudiera confirmar su aceptación sobre los bienes a comprar en cada periodo. La suministrante, quien no cumplió adecuadamente con dicha obligación de información, alegó en el proceso que no había lugar a la resolución por no tratarse de una obligación de la esencia del suministro. El alto tribunal determina que se trató de un incumplimiento sustancial del contrato, en tanto la cláusula referida al procedimiento de venta, esto es, la información de la suministrante a la suministrada, de forma previa a la venta, sobre la disponibilidad, precio de mercado, origen, calidad y descripción de los bienes, era una obligación de la que dependía la ejecución debida de la obligación esencial del contrato de suministro relativa a la venta y tradición de los bienes. La Corte consideró esta obligación como principalísima y determinante de la celebración del negocio jurídico, por lo que consideró su incumplimiento como resolutorio.

En el caso de la sentencia del 4 de agosto de 2009, se celebró un contrato de compraventa sobre un vehículo automotor. El vehículo presentó una semana después desperfectos en el sistema de frenos, lo que finalmente llevó al vendedor a hacer una reparación al mismo, reparación que no fue hecha correctamente, lo que implicó una afectación del motor. El comprador ejerció la acción de resolución por vicios redhibitorios. La CSJ de justicia calificó el desperfecto como un vicio oculto y decretó la resolución del contrato y las restituciones mutuas. Previamente señalando que para que proceda la acción redhibitoria el vicio oculto debe ser grave y que será grave cuando la cosa sea realmente inservible o no cumpla con las propiedades naturales del objeto necesarias para satisfacer el objeto para el cual fue adquirido. La Corte concluyó así que las propiedades naturales del objeto no lo hacían apto para los propósitos que motivaron la celebración del contrato.

En providencia del 19 de octubre de 2009, se analizó un contrato de compraventa de un inmueble para vivienda. A raíz de inundaciones por lluvias en sectores del inmueble, se empezaron a presentar daños en la estructura hasta tal punto que se tuvo que desocupar. Se demandó la resolución por vicios redhibitorios. Ambas instancias decretaron la resolución y la Corte Suprema la mantuvo en firme. Si bien la Corte no se detuvo en un análisis de la resolución, sí mencionó de nuevo la gravedad como requisito tanto de la acción de resolución general como de la resolutoria redhibitoria. Reiteró y confirmó las diferencias en cuanto a la gravedad del incumplimiento en la acción de resolución general

y en la resolución por acción redhibitoria plasmadas por la Corte en sentencia del 14 de enero de 2005,

En sentencia del 18 de diciembre de 2009, se examinó un contrato de compraventa de un establecimiento de comercio. El precio pactado fue de 210.000.000 de pesos, para cubrirse en varios instalamentos. Se presentó una inejecución por parte del comprador en dos cuotas: en una de 45.000.000 que se cubrió tardíamente – un mes después, pero en todo caso cubierta 9 años antes de iniciarse el proceso de resolución- y frente a una de 50.000.000 que quedó pendiente de pagarse porque lo acordado era que se cancelaría luego de hacerse la tradición del establecimiento de comercio (lo que nunca hizo la parte vendedora- demandante- y por lo cual no se podía predicar incumplimiento sobre este instalamento). La Corte fija el siguiente problema jurídico: corresponde examinar si frente a esta particularidad, esto es, cuando la prestación a cargo de una de las partes del contrato ha sido cumplida, pero en forma tardía o inoportuna, el otro contratante puede demandar exitosamente la resolución del contrato en ejercicio de la acción prevista en el artículo 1546 C.C. Luego de señalar que solo es el incumplimiento con carácter resolutorio o esencial el que abre paso a la acción de resolución, y hacer un recuento de lo que se ha dicho por la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, la Corte señala que, con relación a la problemática del cumplimiento tardío, solo hay lugar a la resolución cuando se trata de un plazo esencial, esto es, aquellos casos donde la tardanza genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes. La Corte concluye que no hubo gravedad en el incumplimiento puesto que el retardo de un mes no implicó la violación de un plazo esencial, pues no se evidencia la frustración de ese fin práctico.

Sin ser el incumplimiento esencial uno de los temas principales de la sentencia, en fallo del 16 de noviembre de 2013 reiteró en su parte motiva la tesis sostenida sobre la acción redhibitoria en providencia del 14 de enero de 2005 de la misma corporación, en donde se sostuvo que si bien la gravedad del incumplimiento es un presupuesto tanto de la acción de resolución general como de la acción redhibitoria, en la primera, la gravedad tiene que hacer inservible la cosa, asimilándose a una falta de entrega, y en la segunda, tal gravedad debe referirse solo a la afectación de la funcionalidad de la cosa.

Igualmente, sin ser tampoco la gravedad del incumplimiento el eje del fallo del 30 de agosto de 2011, al examinarse la procedencia en el derecho privado colombiano del pacto de cláusulas resolutorias expresas que facultan a una de las partes a terminar unilateralmente el contrato por incumplimiento y sin necesidad de declaración judicial, se aclaró en varios de los apartes de la providencia que dicho incumplimiento además debía tener el carácter de resolutorio, esencial o grave.

En reciente fallo del 5 de julio de 2019, en donde la Corte Suprema de Justicia le dio vía libre a la acción de resolución contractual en casos de incumplimientos recíprocos de las partes, rectificando jurisprudencia centenaria sobre su improcedencia, se insistió de nuevo en la gravedad del incumplimiento como requisito de su procedencia. Al analizar el cumplimiento de las obligaciones del promitente comprador en un contrato de promesa

de compraventa determinó, con base en un criterio cuantitativo, que el retardo en el pago de parte del precio no había desquiciado el contrato.

Otras sentencias también se han referido a la entidad del incumplimiento como requisito de la acción de resolución:

Antecedente remoto de la posición jurisprudencial lo puede constituir la sent. de 5 julio 1899 (“G. J.”, t. XIV, pág. 278), en que afirmó que si se vendía una finca especificándose los muebles que entrarían en la venta, la resolución se abre paso “si falta una gran parte de tales objetos”... En sent. de 28 abril 1987 (Restrepo vs. Jurado, M. P. Marín Naranjo) se refirió a la insignificancia del incumplimiento para negar la aplicación del art. 1546... En sent. de 28 marzo 1995 expresó: “No constituye motivo legítimo para la terminación unilateral de un contrato la falta de cumplimiento oportuno de una obligación que ninguna utilidad presenta para el acreedor”. En sent. de 9 agosto 1995 habla de “no obstante existir una situación de incumplimiento relevante” ... En la ya mencionada sent. de 19 octubre 1999 (M. P. Ramírez Gómez), ratifica lo dicho el 11 septiembre 1984 (M. P. Murcia Ballén) (como se citó en Velásquez, 2010, pp. 246-247).

Nótese cómo de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, al igual que de la jurisprudencia arbitral que abordaremos a continuación, se puede afirmar que la gravedad del incumplimiento es un requisito constantemente exigido por nuestra corte de casación para la declaratoria de la resolución. Pero simultáneamente puede decirse, que no existe claridad y sistematización sobre los requisitos para definir la esencialidad del incumplimiento; cada sentencia señala los que a bien considera, sin existir una organización y definición de estos, ni siquiera en la sentencia del 18 de diciembre de 2009 que es la que ha tratado el tema en mayor extensión. Sobre esta ausencia de uniformidad profundizaremos al finalizar este capítulo, y en los capítulos segundo y tercero buscaremos definir y sistematizar esos criterios utilizando los instrumentos del derecho contractual uniforme.

1.5.2. La jurisprudencia arbitral

Visto el tratamiento que le ha dado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al tema del incumplimiento esencial, bien vale la pena detenerse a examinar cómo ha abordado el tema la jurisprudencia arbitral. Laudos que si bien no tienen el mismo poder vinculatorio, unificador y de precedente, por lo menos no hasta el día de hoy en el ordenamiento jurídico colombiano, sí dan cuenta de la cultura y práctica jurídica en Colombia, que en últimas permitirán reforzar el argumento que la gravedad del incumplimiento como requisito es una idea o principio ya internalizado en las decisiones judiciales del sistema jurídico.

En primer lugar, valga citar algunos laudos de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, en donde si bien no se profundizó sobre la esencialidad del incumplimiento como requisito de la acción de resolución, sí se hizo referencia a la necesidad de la gravedad del incumplimiento. En tal sentido el laudo proferido el 22 de enero de 2009,

La Regional Propiedad Raíz S.A. y otros vs. Luis Fernando Escobar Restrepo, en el que se evaluó el incumplimiento de un contrato en virtud del cual se pretendía desarrollar un proyecto inmobiliario conjuntamente entre quien compraría el lote y quien vendería el lote, pero que fue incumplido gravemente por este último, en tanto intentó imponer el pago de un precio diferente al acordado con el fin de desbaratar la negociación, lo que finalmente llevó a que se afectara de forma importante la economía del contrato. Adicionalmente, el laudo del 20 de noviembre de 2012, Airplan S.A. vs. Agencia de Viajes Senderos Ltda., en donde se decretó la terminación de un contrato de arrendamiento en razón a reiterados cumplimientos tardíos del canon de arrendamiento, puesto que se consideró que ese incumplimiento reiterado lesionó las ventajas que el arrendador esperaba recibir del contrato.

En laudo arbitral del 31 de julio de 2003 de la Cámara de Comercio de Bogotá (Radiotrónica S.A. vs Teleconsorcio S.A. y otros) se enjuició lo ocurrido en la ejecución y cumplimiento de un contrato de confección de obra, en virtud del cual la contratista se obligó a diseñarle y construirle al contratante una infraestructura, red y líneas telefónicas adecuadas para que atendiera una demanda de telefonía. Como contraprestación el contratante debía pagar una suma determinada de dinero. Se acordó además una cláusula resolutoria expresa en virtud de la cual el contratante podía declarar terminado unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento de la contratista. El tribunal en sus consideraciones establece que la gravedad del incumplimiento es un presupuesto de las terminaciones unilaterales del contrato por incumplimiento, al igual que en la resolución. Señala que el juez debe establecer que la facultad de terminación unilateral se haya ejercido conforme a la cláusula y que no se haya abusado de la facultad. En el caso concreto, señaló que la contratista incumplió de manera reiterada tanto la ejecución oportuna de las obligaciones en las diversas fases del proyecto como la entrega de la obra terminada, en los plazos que conforme a los cronogramas propuestos por ella misma fueron previstos. Incluso con retardos de más de un año. El incumplimiento de la contratista fue relevante puesto que quedó demostrado que el contratante tenía un particular interés en la ejecución expedita de la obra para recuperar la inversión mediante los ingresos que la obra produciría. Por ello encontró que la terminación del contrato hecha de manera unilateral fue válida, legítima y eficaz, ejercida de buena fe, y sin abuso de tal prerrogativa.

En la Cámara de Comercio de Bogotá se profirió laudo el 21 de abril de 2005, Philips Colombiana de Comercialización S.A. vs Cosmitet Limitada Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía Ltda. Allí se examinó un contrato de compraventa de equipos médicos, en donde el vendedor se obligó a entregar y traditar 3 equipos médicos a cambio de un precio. El vendedor demandó al comprador solicitando condena de cumplimiento y en subsidio de resolución por falta de pago del precio. El comprador propuso la excepción de contrato no cumplido (alegando que los equipos médicos no eran suficientes para atender las necesidades de la clínica y que presentaron fallas en su funcionamiento), demandó además en reconvención la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor. El vendedor contestó la demanda de reconvención alegando la excepción de contrato no cumplido. El tribunal concluyó en primer lugar que la compradora incumplió gravemente con el pago del precio, pues para el momento que

se entregaron los equipos cumplidamente por el vendedor, la compradora ya estaba en mora de pagar un 57.5% del precio global del contrato, y para cuando se presentó la primera falla menor en solo uno de los 3 equipos, la compradora estaba en mora de un 82.5% del precio del contrato. Así las cosas, la compradora estaba en mora de pagar un 82.5% del contrato antes de cualquiera de los hechos que alegaba como incumplimiento del vendedor, por lo que no podía prosperar la excepción de contrato no cumplido.

Aunque el tribunal ya había decidido desechar la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido alegado por la compradora (ya que esta había incumplido primero y de forma grave el contrato), procedió a examinar, en gracia de discusión, el incumplimiento de la parte vendedora frente a los equipos médicos. Los árbitros señalaron: 1) Frente a haber entregado equipos sin la capacidad necesaria para atender los requerimientos de la clínica, se concluyó que se entregaron equipos idóneos y con potencialidad de uso acorde con las necesidades de la clínica, y que si bien los equipos no correspondían en ciertas especificaciones indicadas en los manuales de venta, solo se necesitaban pequeños ajustes en los mismos y corregibles, algo de entidad menor que no significaba que no guardaran correspondencia a lo ofrecido, vendido y entregado; 2) En cuanto a las fallas de los equipos concluye que no fueron graves, por dos razones: - Las fallas solo se presentaron en 1 de los 3 equipos, - Haciendo un análisis de las pruebas con respecto a cada una de las fallas de ese equipo en específico (tomógrafo no imprimía bien, se dañó su movimiento vertical, el equipo se bloqueaba, el equipo se prendía y la mesa del paciente se movía sola), se concluyó que estas eran ocasionales y excepcionales, pero no impidió que el equipo funcionara para lo que fue adquirido durante un largo periodo de tiempo.

En consecuencia, las fallas no tuvieron la entidad suficiente para soportar la excepción de contrato no cumplido alegada por la compradora. “No eran fallas esenciales, ni se refiere a componentes obligacionales básicos sin los cuales no pueda lograrse la operación jurídica objeto del contrato... las faltas no alteraron el funcionamiento básico del equipo por lo cual no es un incumplimiento grave”. En conclusión, no tienen la esencialidad suficiente para justificar la falta de pago del precio.

No analizó la rebaja del precio como pretensión redhibitoria porque no se incluyó en la demanda y aclaró que de haberse pedido la resolución vía acción redhibitoria tampoco hubiera prosperado por falta de gravedad. También señaló que la gravedad del incumplimiento se predica igualmente como requisito de la resolución. Podría afirmarse que el laudo utiliza tanto un criterio cuantitativo en relación con el incumplimiento en el pago del precio, como un criterio sustancial o cualitativo en el análisis del incumplimiento defectuoso del vendedor, este último referido al impacto del incumplimiento en el propósito que tuvo el comprador para contratar. Igualmente utilizó un criterio de gravedad en virtud de si la obligación es esencial o no, puesto que afirmó que solo el incumplimiento de una obligación esencial (que dice que son aquellas que normalmente constituyen la reciprocidad de la relación contractual) puede afectar el interés o propósito del acreedor o llevar al traste la economía del contrato (precisamente con ese criterio determinó que el incumplimiento del vendedor, al fallar solo uno de los tres equipos que

entregó, y además el hecho de que fueron solo fallas excepcionales, había dejado vigente la satisfacción del interés del comprador).

En laudo de agosto 19 de 2005 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd., se enjuició la ejecución de un contrato de suministro de petróleo, en donde tanto suministrante y suministrado alegaron múltiples incumplimientos recíprocos. Al momento de analizar las obligaciones del suministrado, y luego de realizar exhaustivas transcripciones sobre lo que se ha dicho en la jurisprudencia y doctrina extranjeras sobre la gravedad del incumplimiento, se concluyó que la suministrada “incumplió en varios períodos mensuales en que se dividía su ejecución, con la obligación de comprar los volúmenes de crudo que ha debido adquirir, y que los incumplimientos en que incurrió a éste propósito, así pudiera argüirse que no desquiciaron totalmente la función y finalidad que se habían propuesto las partes al celebrar el contrato, no pueden ser calificados como de mínima o escasa importancia para el interés de las asociadas”. Se señaló además que el interés de la suministrante era precisamente contratar con un comercializador especializado y experimentado (como creyó que lo era la suministrada), cuyo desempeño llevara a incrementar la producción de su campo y vender la mayor cantidad del producto posible, hasta alcanzar los objetivos de ventas que ambas habían acordado como meta; interés contrario a lo que realmente ocurrió. Para el tribunal no fue un simple contrato de suministro en que la suministrada consumiera el petróleo; era un contrato en donde la finalidad era que la suministrada vendiera exitosamente el petróleo a terceros y de esa forma tanto suministrante como suministrada conquistaran paulatinamente un mercado y lo hicieran crecer, lo que precisamente se desvirtuó cuando la suministrada no terminaba comprando las cantidades precisas del producto que se comprometió a comprar desde el inicio.

En este laudo se evidencia un criterio cualitativo o de impacto del incumplimiento en el interés o propósito del acreedor, concluyendo la sentencia que la afectación a la economía del contrato fue grave como se observa en las líneas anteriormente transcritas. Se resalta además que esta providencia considera fundamental para determinar la gravedad del incumplimiento, al igual que para gran parte de la jurisprudencia y doctrina colombiana, la distinción entre incumplimientos de obligaciones esenciales y accesorias. Lo que será objeto de crítica, o por lo menos de precisiones, en líneas posteriores.

En laudo del 22 de noviembre de 2005 de la Cámara de Comercio de Medellín, Inversiones Zapata Lotero y Cía. Ltda vs. Corantioquia, se examinó un contrato administrativo en virtud del cual la compañía Zapata Lotero entregó unos inmuebles a la entidad pública Corantioquia, para que esta última desarrollara un proyecto de siembra, mantenimiento y explotación de una plantación forestal. La convocante afirmó que no se realizó una adecuada vigilancia sobre los lotes, lo que derivó que se vieran afectados en gran parte por eventos de incendio; tampoco se realizaron acciones de recuperación sobre los predios afectados. La convocada sostuvo que sus obligaciones eran meramente de protección fitosanitaria. Finalmente, para el tribunal, del hecho de que el propósito del contrato fuera la explotación comercial de las plantas y del hecho de que la entidad pública asumiera todos los costos y la vigilancia del proyecto, se deduce que

tenía una obligación de protección integral sobre las cosechas para garantizar su debida explotación comercial. Aclaró el tribunal que para que estas conductas le fueran exigibles a la entidad pública, debían estar plenamente incorporadas en el objeto del contrato, como en efecto lo estaban. Consideró el laudo que no cualquier incumplimiento puede dar lugar a la acción de resolución, pero que este tenía la entidad de grave en tanto afectaba la finalidad práctica de la obligación contraída por el ente público, que era precisamente desarrollar el objeto del contrato, cual era en últimas la explotación comercial de la plantación. Además, aseveró el tribunal que el uso de la palabra “especialmente” en el contrato, al hacer referencia al cumplimiento de la obligación de vigilancia, daban cuenta del carácter esencial de tal obligación.

Esta posición anteriormente referida fue reafirmada en laudo del 11 de mayo de 2007, de la Cámara de Comercio de Medellín, en un caso similar donde otra convocante (Tejar San José Limitada) denunció el incumplimiento de Corantioquia frente a un contrato para la siembra, el mantenimiento y comercialización de una plantación forestal en el inmueble entregado. El tribunal reafirmó que solo el incumplimiento grave de obligaciones da lugar a la resolución, haciendo énfasis en que el incumplimiento de la obligación de mantenimiento de las cosechas fue esencial, en tanto era de especial importancia para la ejecución del contrato. La intención de las partes fue explotar comercialmente el lote y repartirse las utilidades, dichos móviles quedaron incorporados explícitamente en el contrato y la inobservancia de la obligación de mantenimiento de las cosechas, a cargo de Corantioquia, impidió que pudieran recolectarse, venderse y producirse unas ganancias.

En laudo arbitral del 17 de octubre de 2008, Cámara de Comercio de Medellín, Fabiola Sáenz de Pérez vs. Leasing Bancolombia S.A., se evaluó un incumplimiento de la locataria en un contrato de leasing o arrendamiento comercial sobre un vehículo automotor. El tribunal determinó que no fue ajustada a derecho la terminación unilateral del contrato por parte de la compañía de leasing convocada. El laudo consideró que el incumplimiento de la locataria no fue grave, pues se refirió a dos obligaciones accesorias, o en términos del tribunal “irregularidades”. La locataria tenía la obligación de matricular el vehículo importado a nombre de la compañía de leasing, para lo cual debía llenar un formulario gubernamental y además aportar la aprobación del Ministerio de Transporte de una póliza de chatarrización del vehículo. Se presentaron irregularidades en estas dos gestiones, pero se logró finalmente la matrícula del vehículo a nombre de la compañía de leasing. Para el tribunal únicamente el incumplimiento de obligaciones principales, no secundarias, abre paso a la acción de resolución, entendiendo como principales, ante ausencia de definición legal, aquellas que incorporan los propósitos buscados con el contrato. Para el momento en que la convocada dio por terminado unilateralmente el contrato, la finalidad latente en el contrato era registrar el vehículo para que la matrícula inicial fuera expedida a nombre de Leasing Bancolombia y ese propósito contractual se consiguió, a pesar de las irregularidades o infracciones de obligaciones accesorias que no guardaban interdependencia o reciprocidad causal con las obligaciones asumidas por la convocada. Concluye el tribunal que el incumplimiento solo será grave si afecta la causa del contrato; el cual es el motivo por el cual contrataron las partes.

En laudo arbitral del 14 de enero de 2011 de la Cámara de Comercio de Barranquilla (Ag Continental Litoral Caribe Limitada vs Constructora Rumie Limitada) se examinó un contrato de construcción por administración delegada. Después de realizar el tribunal un exhaustivo repaso del tratamiento que se le ha dado al incumplimiento esencial tanto a nivel local como en los instrumentos de derecho contractual uniforme, concluye que una interpretación e integración debidas del artículo 1546 C.C., y teniendo como marco los principios de la buena fe y la equidad, imponen afirmar que en Colombia el incumplimiento grave es un presupuesto de la acción de resolución. También el tribunal de arbitramento afirma que se acoge a los criterios propuestos por los instrumentos del derecho contractual uniforme para determinar la sustancialidad del incumplimiento, pero lo hace importándolos sin sustentación alguna; básicamente los copió y pegó. En lo referido al caso concreto se dijo que al contratista incumplir la obligación de vigilancia y supervisión técnica sobre la obra se configuró un incumplimiento esencial, en tanto existía en el contrato una cláusula resolutoria expresa que autorizaba la terminación del contrato por el incumplimiento de la obligación específica de asistencia y supervisión de la obra.

La Cámara de Comercio de Bogotá profirió laudo arbitral el 29 de junio de 2017, Helman S.A.S. vs Alianza y Dirección en Valores S.A.S. y ADV Insourcing S.A.S. El caso se trató de la celebración de un contrato de prestación de servicios, en virtud del cual el contratista (proveedor de servicios) se obligó, a cambio de una remuneración, a prestarle sus servicios profesionales en informática a la contratante (cliente), específicamente a darle en arrendamiento unas licencias de software para que la compañía contratante administrara internamente sus procesos y nóminas; además asumió obligaciones de implementación del software y garantía del desempeño funcional de los programas, capacitación a la contratante y realizar mantenimiento y soporte para corregir los errores que aparecieran durante la implementación. La contratante, además de la obligación de remuneración, contrajo la de brindar información veraz, exacta y precisa necesaria para la implementación adecuada del software. La contratante presentó demanda contra la contratista por los múltiples errores del software durante varios años de ejecución contractual.

El tribunal realiza una exposición sobre el incumplimiento grave como requisito de la acción de resolución, y aunque no define bien su aplicación al caso concreto, se puede deducir de su motivación que no consideró el incumplimiento como grave porque a pesar que la contratista no logró el cumplimiento íntegro de las prestaciones a su cargo, se consideró que: 1) Al interior del contrato existía una cláusula resolutoria expresa que obligaba a las partes a notificar de su incumplimiento a la contraparte y darle un plazo de 15 días para ajustar su conducta al programa contractual. La convocada solo se enteró de la imputación de incumplimiento con la notificación de la demanda. La terminación del contrato por parte de la convocante no siguió los parámetros y condiciones establecidos por las partes, lo que le impidió a la convocada tomar medidas de corrección (anteriormente había explicado que en esta clase de contratos es fundamental la colaboración entre las partes); 2) La estipulación contractual de un plazo es fundamental para poder predicar un incumplimiento grave en un contrato de prestación de servicios

informáticos, pues es de su naturaleza pactar términos específicos y determinados para hacer las entregas con base en un cronograma contractual. En este caso en particular las partes no determinaron unos plazos para los cumplimientos de las obligaciones de la contratista, por lo cual no puede hablarse de incumplimiento esencial; 3) La falta de información veraz y oportuna de la contratante impidió el debido cumplimiento de las prestaciones de la contratista; y 4) Sin mayor explicación o profundización, que la contratante no probó la existencia de graves fallas y deficiencias por parte de la contratista.

Para el tribunal, solo el incumplimiento sustancial de obligaciones esenciales da lugar a la resolución.

Se sigue de todo lo anterior que, en la jurisprudencia arbitral, de la cual expusimos solo algunos de los laudos⁸, claramente se ha utilizado de forma frecuente el concepto de incumplimiento esencial, incluso mucho más que en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, si se tiene en cuenta que existen muchos más laudos, en su gran mayoría de las últimas dos décadas, que enfatizan sobre el tema. Estos laudos se caracterizan por darle un amplio reconocimiento a las cláusulas resolutorias en virtud de las cuales las partes pactan que el incumplimiento de determinada obligación dará lugar a la terminación, y que además facultan al acreedor para dar por terminado unilateralmente el contrato sin necesidad de interponer una acción de resolución ante la jurisdicción. Se constata a su vez que en la justicia arbitral la citación de los instrumentos de derecho contractual uniforme es frecuente, prácticamente costumbre, aunque se hace como mera referencia.

En todo caso allí se sigue captando la misma problemática que identificamos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte y que también identificaremos en la doctrina colombiana: la falta de acuerdo, organización, uniformidad y sistematización

8 Véanse también los siguientes laudos arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá que hacen referencia a la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución contractual: Orange Business Services Colombia S.A. vs Carvajal Propiedades e Inversiones S.A. (9 de junio de 2006); Fundación Cardiovascular de Colombia vs. Informática Hospitalaria Integrada S.A.- Hospital I (19 de mayo de 2010); Diva Adriana Arciniegas Rojas vs. Agrupación de Vivienda El Velero Propiedad Horizontal (21 de junio de 2010); BRM S.A. vs. Young & Rubicam Brands Ltda (3 de octubre de 2011); Indra C.I. S.A. vs. Productos Familia S.A. (9 de marzo de 2012); Nubia Victoria Agudelo Duque vs. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (8 de agosto de 2012); Industria Colombiana de Motocicletas Yamaha S.A.- Incolmos- Yamaha S.A. vs. Oesia Colombia S.A. (15 de agosto de 2012); Beneficencia de Cundinamarca vs. Organización Delima S.A. (6 de diciembre de 2012); Ferroequipos Yale Ltda. vs. Bavaria S.A. (8 de noviembre de 2013); Delavaco Energy Colombia Inc. Sucursal Colombia vs. P1 Energy Alpha S.A.S. y Petroleum Equipment International S.A.S. (19 de noviembre de 2013); Patrimonios Autónomos Fideicomisos A (Carrefour) y B (Carrefour) vs. Cencosud Colombia S.A. (28 de septiembre de 2015); Maco Ingeniería S.A. Montajes, Asesorías, Construcciones, Obras de Ingeniería Maco S.A. vs Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia (7 de octubre de 2015); Isagen S.A. E.S.P. vs. Axa Colpatria Seguros S.A. y Liberty Seguros S.A. (31 de enero de 2017); Soluciones Integrales Unión S.A.S. vs Maderas y Molduras Puerto Leticia Ltda. y Seguros del Estado S.A. (8 de noviembre de 2017); Best Lucky S.A. y Antonio María Botero Asprilla vs. Alianza Fiduciaria S.A., Aktani S.A., Compañías Integradas S.A., Carlos Pío Uribe, Carlos Alberto Medina Rodríguez y Benjamín Medina Rodríguez (15 de febrero de 2018); Salud Llanos IPS LTDA vs. Capital Salud Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado S.A.S. "Capital Salud E.P.S.-S S.A.S." (25 de febrero de 2019).

sobre los criterios válidos en Colombia para calificar la sustancialidad del incumplimiento. Esa organización y sistematización, a falta de una norma legal, la lograremos a partir de la utilización de los instrumentos de derecho contractual uniforme, bajo los argumentos, términos y condiciones que explicaremos en los capítulos segundo y tercero de este trabajo.

1.6. El incumplimiento esencial en la doctrina colombiana.

Visto el panorama jurisprudencial, tanto de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia como de la justicia arbitral, es importante examinar cómo se ha abordado el asunto en la doctrina colombiana. Esos pronunciamientos se caracterizaron por un inicio bastante tímido, tocándose solo el tema breve y tangencialmente, incluso siendo omitido por algunos autores clásicos, hasta finalmente ser abordado de forma más directa por otros autores contemporáneos, aunque de forma esporádica y casi siempre sin la profundidad que merece el tema.

Valencia (1974, p. 178) señala sucintamente que el artículo 1546 del Código Civil Colombiano se refiere a casos de incumplimiento total de la obligación, y que por ello solo sería posible la resolución en casos de incumplimiento parcial o de incumplimiento de una obligación accesoria cuando la prestación incumplida afecta la economía del contrato, en el sentido de que exista imposibilidad de satisfacer el interés del acreedor. Gómez (1987, p. 77), si bien no trata el tema de manera específica, señala, al examinar el artículo 1888 del Código Civil que regula la venta por cabida y su resolución por incumplimiento en la entrega de la cabida declarada, que dicha norma es una manifestación del principio de conservación del contrato que solo permite la extinción de este en casos extremos. Este último autor, también al examinar la pérdida del derecho a la renovación por parte del arrendatario de local comercial cuando se encuentra en mora, menciona que para sanción tan severa se necesita que ese incumplimiento sea grave y afecte de forma importante los derechos del acreedor. Gómez (1987, p. 343).

Refiriéndose no a la resolución, pero sí a la excepción de contrato no cumplido, Ospina & Ospina (1994, p. 593), sostienen que la excepción solo puede invocarse en los casos en que el incumplimiento tenga tal gravedad que le ocasione al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta; por lo que si el incumplimiento es parcial e irrisorio se estaría ejerciendo la excepción de contrato no cumplido de mala fe y de forma abusiva. Por su parte, el doctrinante clásico Álvaro Pérez vives no se pronuncia sobre el incumplimiento grave como requisito de la acción genérica de resolución contractual.

Ahora, también parte de la doctrina clásica ha sostenido que cualquier incumplimiento da lugar a la resolución del contrato. Tamayo (2004, pp.222-223) al referirse al contrato de compraventa, dice que en principio cualquier incumplimiento parcial de las obligaciones da lugar a la resolución por parte del comprador, en tanto a este se le debe la prestación exacta y si la que se le entrega no se ajusta a la convención le faltaría la causa, ya que si el contratante hubiera sabido que se iban a presentar esos incumplimientos no habría contratado. En el mismo sentido el doctrinante Cadavid (2000,

p.64) al opinar que cualquier incumplimiento da lugar a la resolución, puesto que donde la ley no distigue al hombre no le es lícito distinguir.

Básicamente ese es el tratamiento que le dio la doctrina clásica colombiana a la problemática del incumplimiento esencial en Colombia. Cosa que fue cambiando, no radicalmente, pero sí paulatinamente a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, mediante la ley 518 de 1999, de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías ¿Qué fue lo que cambió? No solo el hecho que la doctrina comenzó a sostener de forma prácticamente unánime que el incumplimiento esencial es un presupuesto de la acción de resolución, sino que se empezó a darle más relevancia al tema y mayor espacio en los trabajos académicos (aunque no con la extensión y profundidad que, según aquí se sostiene, el tema merece). No se tienen elementos de juicio para afirmar que el cambio haya sido a raíz de la promulgación de la referida ley, pero claramente los tiempos coinciden. A partir de ese momento se empieza a construir una nueva tendencia.

Para Namén & Martínez (2004, pp. 5 y 8), se pueden encontrar diferentes normas en el ordenamiento jurídico colombiano que dan cuenta de la existencia de un concepto de incumplimiento esencial similar al contenido en la Convención de Viena, como lo son aquellas reglas en el contrato de suministro y en el de agencia mercantil que facultan a terminar el contrato solo ante el incumplimiento grave de obligaciones. El doctrinante Canosa (2005, p. 298) menciona que solo hay lugar a la resolución ante el incumplimiento parcial cuando este es suficientemente grave y afecta el beneficio económico que pretendía obtener el acreedor con el contrato. Sanabria (2007, pp. 156-157) sostiene que el incumplimiento debe tener una entidad suficiente para desvirtuar la utilidad del contrato, afectar su equilibrio contractual y su desarrollo posterior.

Se resalta el ensayo académico del profesor Rengifo (2017, p. 135), quien brevemente fundamentó la validez del mencionado requisito en principios como la buena fe, la conservación del contrato y el no abuso del derecho; aunque sosteniendo que la acción de resolución no se abre campo en el caso de incumplimiento de obligaciones accesorias y que además frente a las obligaciones fundamentales o principales se deberá examinar el impacto de su incumplimiento en el interés contractual del acreedor. En la misma línea y en corta exposición se pronunció la autorizada voz de Hinestroza (2015, p. 879 y 882), pero aclarando que el incumplimiento de obligaciones accesorias sí puede dar lugar a la resolución en casos en que se afecte la economía del contrato y el interés específico de las partes, o cuando el cumplimiento de una obligación principal dependa del cumplimiento de una obligación accesoria; enfatizando que lo primero que debe examinar el juez en una pretensión resolutoria es la realidad y gravedad del incumplimiento. Debe resaltarse la utilización por parte de estos autores de los instrumentos del derecho contractual uniforme, aunque solo de pasada, brevemente y como mera referencia.

Valga resaltar que varios doctrinantes dan como un supuesto pacífico e indiscutible que en nuestro ordenamiento se requiera la esencialidad del incumplimiento como requisito de la resolución, por lo que simplemente dedican exclusivamente sus trabajos al tema

de los criterios para determinar esa gravedad. Así Navia (2008, p. 66), señala que solo hay gravedad en el incumplimiento de obligaciones principales y únicamente cuando el incumplimiento tenga una relevancia que impida al acreedor satisfacer el propósito en virtud del cual había contratado. En el mismo sentido sobre incumplimiento de obligaciones esenciales y accesorias se pronunció Molina (2009, p. 96), enfatizando que por pactos expresos entre las partes sí se puede dar por resuelto un contrato a raíz del incumplimiento de una obligación accesoria cuando ella sea elevada, por convenio contractual, a la categoría de esencial. También los profesores Mantilla & Terner (2005, p. 55), sin detenerse a fundamentar la existencia de dicho requisito en Colombia, proceden a afirmar en cuanto a los criterios para su determinación que no es posible afirmar que una clase de incumplimiento pueda ser grave para todos los casos y en todas las hipótesis, ello sería un sinsentido, por lo que en cada caso habrá que analizar la gravedad según las circunstancias específicas.

En sentido contrario a estos últimos doctrinantes Velásquez (2010, p. 245), quien luego de resaltar el vacío en el artículo 1546 del Código Civil en cuanto a la gravedad del incumplimiento, sí realiza una exhaustiva y profunda demostración de la existencia y validez del requisito de la gravedad del incumplimiento en la resolución de contratos en Colombia, y lo hace a la luz de la Constitución Política, de los principios generales del derecho y de las diferentes normas especiales del Código Civil y del Código de Comercio que sí exigen el mencionado requisito. Señala que lo fundamental no es determinar la gravedad atendiendo a si el incumplimiento es total o no, sino atendiendo al impacto del incumplimiento en el interés del acreedor.

El mencionado doctrinante propone tres criterios para determinar la gravedad del incumplimiento: 1) Cuando las partes pactaron que el incumplimiento de determinada obligación será esencial; 2) Cuando se afecte el interés del acreedor de una forma que de haberlo conocido no hubiera celebrado el contrato; 3) Un criterio cuantitativo en el que se hace una relación cuantitativa entre el incumplimiento y la prestación convenida. Concluye proponiendo una fórmula o regla general para determinar la esencialidad del incumplimiento: "... el incumplimiento es grave cuando de haberlo previsto el otro contratante no habría celebrado el contrato, o lo hubiese hecho en otras condiciones o cuando su incumplimiento excede un determinado porcentaje del valor total de la prestación" (Velásquez, 2010, pp. 253). Valga resaltar que el autor menciona los instrumentos de derecho contractual uniforme de forma pasajera y como mera referencia, recurso que por el contrario utilizaremos de forma principal en este trabajo después de haber explicado en el segundo capítulo el contenido de dichos instrumentos, su fuerza normativa y vinculatoriedad en algunos casos específicos y las bondades que se derivan de ellos para la modernización y uniformidad del derecho privado colombiano.

Por otro lado, Oviedo (2015a, pp. 80-90) trata de forma extensa el requisito de la gravedad del incumplimiento en el ejercicio de las acciones edilicias por parte del comprador, en los casos en que recibe la cosa con vicios ocultos o redhibitorios. El autor sostiene que existen diferentes grados o escalones para calificar la gravedad. Si se trata de un simple desagrado del comprador por el defecto, sin que se afecte su uso, no se configura el vicio redhibitorio y por lo tanto no hay lugar a las acciones edilicias en estricto

sentido. Si el vicio afecta su uso (natural o pactado) pero no hasta el punto de que el comprador no hubiera celebrado el contrato de haberlo conocido o lo hubiera hecho a menor precio, entonces el vicio sí tendrá el carácter redhibitorio pero el comprador tendrá únicamente la acción de rebaja del precio. Y si finalmente la afectación de su uso (natural o pactado) implica que el comprador no lo hubiera comprado de haberlo conocido o lo hubiera comprado a menor precio, entonces tendrá tanto la acción redhibitoria como la acción de rebaja del precio. Aclara el autor que si el defecto es reparable el juez deberá tener esto en cuenta para, en virtud del principio de conservación del negocio jurídico, conceder únicamente la rebaja del precio. En similar sentido Cárdenas (2007, pp. 228-229), quien dice que solo se configura la gravedad propia de un vicio redhibitorio cuando se afecte el uso convenido de la cosa con la magnitud suficiente para considerar que el comprador no habría contratado de haberlo conocido o lo hubiera hecho a menor precio. También señala que si el vicio es fácilmente reparable solo quedaría la acción de rebaja del precio.

Arrubla (2015), ex-magistrado de la Sala Civil de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se refirió al incumplimiento grave en materia de contrato de suministro en los siguientes términos:

Cualquier incumplimiento no basta para poder terminar de forma unilateral el contrato; debe tratarse de un incumplimiento considerable... capaz de producir perjuicios al otro contratante o que revista cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la aptitud de la otra para cumplir con sus obligaciones a futuro... se trata de combinar dos elementos: el objeto, que es precisamente el incumplimiento; y el subjetivo que pone en duda la capacidad del contratante incumplido para atender sus compromisos de suministro... el ejemplo típico de esa inseguridad... sería la insolvencia. (p.27).

El ex-magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Villamil (2016, pp. 21-24), enfoca el tema de la gravedad del incumplimiento básicamente en determinar si se trató del incumplimiento de una obligación esencial o accesoria. Para ello, ejemplifica una compraventa, en donde las prestaciones esenciales se identificarían con la de dar la cosa y pagar el precio, pero otras obligaciones, como por ejemplo una obligación del comprador de realizar determinada construcción sobre la cosa, no construir en dos años o destinar la cosa a determinado fin (como a la construcción de un proyecto de vivienda), serían obligaciones de hacer accesorias y cuyo incumplimiento se consideraría no trascendental para efectos de la resolución, teniendo el acreedor únicamente la vía de la indemnización de perjuicios (reglamentada para las obligaciones de hacer en el artículo 1610 C.C.).

Se trataría entonces, según el autor, de obligaciones accesorias que no guardan reciprocidad causal con la obligación del comprador de pagar el precio y cuya inobservancia afectaría intereses y objetivos distintos a los propios de la compraventa. La única forma para Villamil de que tengan relación causal, sinalagmática, recíproca, es que haya un pacto entre comprador y vendedor en virtud del cual se obligue al comprador a una prestación de hacer como parte del precio, es decir, que teniendo el inmueble un

valor de mercado se disminuya ese valor, ese precio, en razón de la incorporación adicional de una obligación de hacer a cargo del comprador, dándose por lo tanto una ligación causal, recíproca o sinalagmática entre ambas obligaciones esenciales en la venta.

En cuanto a las obligaciones principales, aclara Villamil que además de ser esencial, el incumplimiento debe afectar sustancialmente las expectativas del otro contratante y que dichas expectativas deben quedar claramente incorporadas explícita o implícitamente en el negocio, pues estas expectativas no se refieren a las que el acreedor pueda tener al momento del incumplimiento Villamil (2016, p. 51).

El autor se apoya claramente en los instrumentos del derecho contractual uniforme, los cuales cita, y que permiten evidenciar que acoge el criterio incorporado en ellos referido a la privación sustancial al acreedor de aquello que pretendía obtener en virtud del contrato y que además su deudor hubiera podido prever tal expectativa.

Finalmente para Polo (2019, pp. 40-41), a pesar del vacío legal frente al incumplimiento esencial en Colombia, la existencia de dicho requisito y sus criterios de determinación se derivan de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. La autora, a diferencia de lo que se opina en este trabajo, considera que es necesaria una reforma legislativa del Código Civil y del Código de Comercio para darle claridad al tema. Valga destacar el intento de la autora, a diferencia de la gran parte de la doctrina colombiana, de realizar interpretaciones de las normas legales colombianas a la luz del derecho contractual uniforme.

1.7. Conclusiones y falencias en la construcción del concepto de incumplimiento esencial a nivel local.

Conclusión No.1: El requisito de la gravedad del incumplimiento no se encuentra consagrado expresamente en las normas generales que regulan la resolución contractual, artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio; sin embargo, la posibilidad de que los contratos sean extinguidos por cualquier incumplimiento contraviene la sustancia de diversos principios generales de rango constitucional y legal como lo son la buena fe, el no abuso del derecho y la equidad, entre otros. En esa medida los principios de normatividad y conservación del contrato, cuyo fundamento empírico es la relevancia económica y social que le adjudica el ordenamiento jurídico al contrato, impiden su aniquilamiento cuando el incumplimiento no haya afectado sustancialmente los propósitos e intereses que el acreedor buscó satisfacer mediante su celebración.

Esta protección a la vigencia del contrato no es exclusiva del derecho privado, sino que también puede evidenciarse en otros ámbitos como el laboral, el derecho del consumo y la contratación estatal, por lo que se puede afirmar que el incumplimiento esencial es un principio que informa todo el sistema jurídico.

Conclusión No.2: El vacío en los artículos mencionados puede integrarse a partir de múltiples normas, tanto especiales como generales, del Código Civil y del Código de

Comercio. Si se mira cada una de las manifestaciones de la acción de resolución en las diferentes tipologías negociales especiales, se constata que en un gran número de casos se exige la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución contractual. Igualmente existen algunas normas de carácter general y transversales a todo contrato que soportan el concepto del incumplimiento esencial: 1603, 1618, 1620, 1624 y 1648 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

La gran cantidad de normas en tal sentido (civiles y comerciales) consagrando la gravedad del incumplimiento explícitamente, o de las cuales se deduce, aunado al hecho de que el concepto de incumplimiento grave, esencial, sustancial, maximiza diversos principios constitucionales y legales de la más alta importancia, que, por lo demás, también lo exigen normas de otra naturaleza (contratación administrativa, contratación laboral, derecho del consumo), conduce a concluir, en sana lógica, que el requisito del incumplimiento esencial es una regla general o principio, y no una excepción en el derecho civil y comercial.

Para integrar ese vacío se debe recurrir al procedimiento de integración por analogía *iuris*, esto es, de diferentes normas del ordenamiento jurídico se extrae un principio general con el cual se integra el vacío de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. Razonamiento que no se diferencia en mucho de procedimientos analógicos que ha efectuado previamente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. De hecho, en sentencia del 5 de julio de 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, en la que la Corte modificó toda su jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de resolución frente a eventos de incumplimientos recíprocos, señaló:

Así las cosas, son premisas para la aplicación analógica que se busca, en primer lugar, que el artículo 1546 del Código Civil, regulativo del caso más próximo al incumplimiento recíproco de las obligaciones de un contrato bilateral, esto es, la insatisfacción proveniente de una sola de las partes, prevé como solución, al lado del cumplimiento forzado, la resolución del respectivo contrato; y, en segundo lugar, que en el precitado ordenamiento jurídico, subyace la idea de que frente a toda sustracción de atender los deberes que surgen de un acuerdo de voluntades, se impone la extinción del correspondiente vínculo jurídico.

En este caso el razonamiento bien puede ser similar: los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. que consagran la resolución para el contrato bilateral, son los casos más próximos para regular desde un punto de vista general el requisito de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la acción de resolución genérica. Por otro lado, se demostró que la gravedad del incumplimiento es un principio que subyace no solo en el derecho privado, sino en todo el sistema jurídico. Queda así perfeccionada la analogía, en los mismos términos que lo hizo la Corte Suprema.

Conclusión No. 3: En relación con los criterios de determinación de la gravedad del incumplimiento aplicables en Colombia, podemos decir que no resulta fácil su identificación. Ello en razón a que no existe norma expresa que los determine ni una jurisprudencia consolidada que los haya ordenado y sistematizado apropiadamente. Por

demás, cada sentencia, cada laudo, cada doctrinante, expone los criterios que considera pertinentes, sin que exista una clara organización y sistematización que permita acogerlos con seguridad.

Sin embargo, sí podría señalarse en términos generales cuales son los criterios que más recurrentemente encontramos en la jurisprudencia y doctrina colombianas para determinar la esencialidad del incumplimiento. Ellos son:

En primer lugar, un criterio conceptual diferenciador entre obligaciones esenciales y accesorias. Se adopta generalmente la idea de que solo el incumplimiento de obligaciones esenciales da lugar a la resolución, entendiéndose como obligaciones esenciales aquellas que constituyen la reciprocidad o sinalagma de la relación jurídica. Ejemplos sencillos de ello serían las obligaciones del precio y tradición de la cosa en la compraventa. El incumplimiento de obligaciones accesorias no daría lugar a la resolución por no estar recogida en ellas el interés fundamental que llevó a las partes a contratar.

En segundo lugar, un criterio formal cuantitativo, en donde se hace una relación porcentual o matemática entre el monto o cantidad incumplida en relación con el monto o cantidad de la prestación convenida, con el fin de determinar si la diferencia es importante o significativa (aunque sin parámetros precisos que, finalmente, desembocan en consideraciones muchas veces subjetivas).

Finalmente, encontramos un criterio material, en virtud del cual se hace un análisis del impacto del incumplimiento en el interés del acreedor, esto es, se considera si el incumplimiento ha frustrado el propósito práctico que llevó al acreedor a contratar; si la afectación de sus intereses fue suficientemente sustancial como para afirmar que de haber sabido que ese incumplimiento se presentaría el acreedor no habría contratado.

Estos tres son a grandes rasgos los criterios que establece la doctrina y jurisprudencia colombianas de forma más recurrente para determinar la esencialidad del incumplimiento. Aclarando que algunos autores sí proponen algún criterio adicional, y por demás correcto en muchos casos y que examinaremos posteriormente, como por ejemplo la forma de establecer la gravedad en un vicio redhibitorio, o señalar que la esencialidad del incumplimiento puede provenir de un incumplimiento doloso que, sin ser de cuantía importante, afecte la confianza del acreedor frente al futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor; criterios estos que, al no ser repetitivos en la doctrina y jurisprudencia, no adquieren la connotación suficiente para afirmar que sean criterios generalmente aceptados para determinar la esencialidad del incumplimiento en Colombia.

Los criterios que se toman como base para decidir cuándo un incumplimiento es grave, muestra varias falencias. Veamos:

Falencia No 1: Sin duda alguna la principal falencia es, y se repite, la falta de organización, sistematización y uniformidad de estos criterios. No hay jurisprudencia consolidada o trabajo dogmático que organice los criterios apropiadamente. Si el

concepto de incumplimiento esencial quedara sometido al completo arbitrio judicial, entonces no se trataría de un requisito válido y racional. Ello es precisamente lo que se buscará hacer en el tercer capítulo de este escrito, en donde utilizando como herramienta los instrumentos del derecho contractual uniforme, que sistematizan dichos criterios, intentaremos organizar y completar los criterios que normalmente proponen la doctrina y jurisprudencia colombianas.

Falencia No 2: La ausencia de fundamentación normativa. Si bien un concepto como lo es el incumplimiento esencial puede ser inferido de principios generales, o también ser inferido a partir del examen de su aplicación jurídica y práctica a casos concretos y especiales (recuérdense todas las normas del Código Civil y de Comercio de carácter especial que citamos y en donde se exige la gravedad del incumplimiento), lo cierto es que la identificación de los criterios para su determinación también deben tener un claro fundamento normativo. No es fundamento normativo válido, como lo hacen las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la generalidad de la doctrina, citar normas, jurisprudencias y doctrinas foráneas, para luego simplemente afirmar que se acogen a ellas ¿Cuál es el real fundamento diferenciador entre obligaciones esenciales y accesorias que justifica la resolución por el incumplimiento de unas y no de otras? ¿Cuál es el sustento del criterio cuantitativo y cuál es su incidencia cierta en la resolución? ¿De dónde el criterio material del impacto del incumplimiento en los intereses o propósitos del acreedor?

Está en juego no solo la seguridad jurídica y el principio de legalidad, sino también, nada más y nada menos que el mismo valor de la justicia ¿Cómo decirle a un acreedor que su demanda no prospera porque, por ejemplo, la obligación incumplida se considera accesoria así haya contratado en virtud de ella?

En este trabajo como se verá, haremos algo diferente. Cada criterio propuesto tendrá su preciso fundamento normativo en las fuentes colombianas, tanto normativas como jurisprudenciales y doctrinarias.

Falencia No. 3. De las dos observaciones anteriormente hechas se desprende un nuevo reproche concerniente a la falta de uso de los instrumentos de derecho contractual uniforme o su uso indebido, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. Los instrumentos del derecho contractual uniforme, que como hemos dicho regulan el tema del incumplimiento esencial de forma exhaustiva, organizada y sistematizada, bien pueden ser utilizados como herramienta interpretativa e integrativa de las normas legales de nuestro derecho interno, específicamente para llenar los vacíos de los artículos 1546 y 870 en cuanto a los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento.

Sin embargo, esa tarea, que bien puede hacerse, no se refiere a la mera citación del instrumento, como se observa en la doctrina y en la única sentencia de la Corte Suprema que los menciona para el tema del incumplimiento esencial (sentencia del 18 de diciembre de 2009); ni tampoco a la mera adopción de las soluciones del instrumento para luego ser aplicadas, sin más consideraciones, al litigio local. Se requiere una labor hermenéutica un poco más elaborada, esto es, realizar una de dos operaciones: 1)

Aplicar por vía analógica el único de estos instrumentos que tiene carácter de ley interna colombiana, la Convención de Viena, en tanto cualquier norma que tenga rango de ley es susceptible de aplicación analógica; 2) Utilizar los instrumentos del derecho contractual uniforme no vinculantes, por ejemplo los Principios Unidroit que tienen una tipología de criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento, como guía y brújula para encontrar elementos normativos similares en el derecho interno colombiano y a partir de allí integrar los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com.

Falencia No. 4: Finalmente, se tienen diferencias puntuales y sustanciales con los criterios propuestos por la generalidad de la doctrina y jurisprudencia colombianas.

4.1. Nos apartamos de la relevancia primordial que le da la mayoría de la jurisprudencia y doctrina colombianas a la distinción entre obligación esencial y accesorio. En primer lugar, porque consideramos que en no pocas ocasiones las cláusulas accesorias pueden recoger alguno de los intereses determinantes para que el acreedor contrate. Además, porque no resuelve el problema frente al incumplimiento de obligaciones esenciales, ya que ciertamente no cualquier incumplimiento de una obligación esencial, así sea completamente irrisorio, daría lugar a la resolución del contrato ¿Qué tan sustancial o importante debe ser ese incumplimiento de la obligación esencial para que se abra paso a la acción de resolución? La respuesta a este interrogante no se desprende del mencionado criterio o parámetro.

4.2. También nos apartamos del criterio cuantitativo, en caso de ser aplicado solitariamente y sin consideraciones adicionales sobre el interés o propósito del acreedor al contratar, dado que el mero análisis proporcional entre prestación idealmente pactada y prestación entregada es completamente arbitrario ¿Qué sería un incumplimiento esencial? ¿El 10% o el 20%? No es posible aplicar racionalmente este criterio de forma independiente y desprovisto de una investigación y evaluación de la voluntad e interés de las partes al contratar.

4.3. Si bien se ha tratado el tema de las cláusulas resolutorias en Colombia, el tratamiento ha sido básicamente en cuanto a la legalidad de estas frente a la facultad que le otorgan al acreedor para dar por terminado el contrato de forma unilateral y extrajudicialmente. Sin embargo, han sido escasos los pronunciamientos sobre las cláusulas resolutorias en cuanto a la posibilidad de determinar en ellas cuándo un incumplimiento es esencial y cuándo no. Criterio en el que profundizaremos, no solo por ser una importante manifestación de la autonomía de la voluntad, sino porque se convierten en una herramienta significativa para disminuir la arbitrariedad judicial. Por supuesto, también pueden ser ellas objeto de abuso, y en esa medida es necesario su análisis detenido con el fin de establecer sus límites al momento de pactarlas y al momento de hacerlas efectivas.

4.4. Silencio también guarda gran parte de la jurisprudencia y doctrina colombianas sobre uno de los criterios típicos de incumplimiento esencial en el derecho uniforme: aquellos incumplimientos o actos que, independiente de su impacto objetivo en el interés del acreedor, le generan a este una desconfianza legítima y razonable de que su deudor no

cumplirá el contrato. Por ejemplo, el deudor con comportamientos dolosos o gravemente culposos le generan desconfianza al acreedor sobre el cumplimiento futuro del contrato. Este criterio le permitiría al acreedor desligarse de un contrato frente al cual sabe razonablemente que no se presentará el cumplimiento por parte del deudor, así no se haya dado todavía un incumplimiento que le haya frustrado su interés.

4.5. El tema de la evaluación de la gravedad en los vicios redhibitorios ha sido tocado puntualmente por la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha sido cuestionada por la doctrina especializada en acciones edilicias. Sin embargo, cuando la doctrina trata la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución, no se hace una referencia puntual a este régimen jurisprudencial de excepción para los vicios ocultos. Bien vale la pena que nos detengamos en el tema, al ser una aplicación jurisprudencial, especial y diferente, de los criterios que normalmente se tienen en cuenta para encontrar la gravedad del incumplimiento en la acción de resolución genérica.

4.6. También cuestionamos el silencio de la jurisprudencia y la doctrina sobre la posibilidad de aceptar la resolución para eventos de imposibilidad sobrevenida de la prestación del deudor por caso fortuito. Normalmente se alude por la doctrina a la aplicación de la teoría de los riesgos con el fin de determinar si el acreedor está obligado o no a pagar la contraprestación. Sin embargo, en aquellos eventos en que el acreedor no está obligado a pagar la contraprestación, el contrato quedaría en el limbo, por lo que podría ser factible recurrir a la acción de resolución contractual para extinguir un contrato que quedó sin fin u objeto alguno. Si la respuesta a esta problemática es afirmativa, entonces se trataría de un nuevo caso de incumplimiento y habría que determinar cuándo adquiere el carácter de esencial.

Ya expuestas las falencias que consideramos se presentan en la construcción del concepto del incumplimiento esencial a nivel local, realizaremos en el siguiente capítulo una exposición de los diferentes instrumentos de derecho contractual uniforme y de la forma en que han abordado y organizado el tema del incumplimiento esencial. Ello nos dará herramientas conceptuales y sistematizadoras para recoger de las normas civiles y comerciales colombianas, y de nuestra jurisprudencia y doctrina, los elementos normativos necesarios para construir una tipología, lógica y organizada, de incumplimientos esenciales en Colombia, o lo que es lo mismo: determinaremos cuáles son los criterios lógicos y normativos que existen en Colombia para encontrar con alto grado de razonabilidad la gravedad del incumplimiento, teniendo como marco o guía lo dispuesto en los instrumentos del derecho contractual uniforme.

CAPÍTULO 2. LOS INSTRUMENTOS DEL DERECHO CONTRACTUAL UNIFORME Y SU TRATAMIENTO DEL CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO ESENCIAL.

2.1. Concepto, naturaleza y relevancia de los instrumentos del derecho contractual uniforme.

Los instrumentos del derecho contractual uniforme son cuerpos o regulaciones normativas sobre el contrato, de carácter internacional, expedidos por organismos u organizaciones supranacionales y cuyo objetivo principal o su razón inicial de surgimiento fue el regular y uniformar la normatividad contractual aplicable a los contratos internacionales. Fin que se explica por la existencia de un mercado global producto de la liberación e integración económica a nivel mundial, que demanda, por seguridad jurídica y eficiencia, que sus participantes puedan acudir a este con base en reglas claras y uniformes, tanto sustanciales como procesales. En términos de Morales (2016) “el nuevo Derecho de contratos está llamado a organizar, de modo más eficiente, las relaciones del tráfico en un mercado global” (p. 34), superando con ello la incertidumbre que puede existir sobre la ley aplicable y el juez competente para la ejecución de un contrato internacional y las controversias que surjan en este; dificultad que solo podía ser resuelta anteriormente con la aplicación de las complejas y dispersas normas de conflicto del derecho internacional privado.

Algunos de estos instrumentos jurídicos tienen fuerza vinculatoria directa frente a un contrato internacional celebrado (se les conoce como *hard law*, o derecho duro-vinculante- en su traducción al español) y otros solo son aplicables a los contratos internacionales en la medida en que las partes del contrato hayan decidido someter el negocio a las normas propias de ese instrumento regulador (se les conoce como *soft law*, o derecho suave en su traducción al español). Morales (2016, p.36) los denomina en general como “instrumentos normativos” dado que no todos tienen fuerza reguladora directa. Cada uno de ellos se encarga de establecer normas sobre la formación, interpretación, ejecución y extinción del contrato; normas que entrarán a regir un contrato internacional si se dan los presupuestos de aplicación del correspondiente instrumento.

Uno de esos cuerpos normativos con fuerza vinculante directa (*hard law*), en el evento de que se cumplan sus presupuestos de aplicación, sería la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (de ahora en adelante la citaremos como Convención de Viena, o CISG por sus siglas en inglés). Y como *soft law* podríamos citar a los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (de ahora en adelante PCCI, o simplemente Principios de Unidroit); los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (de ahora en adelante PECL, o simplemente Principios Europeos); los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (de ahora en adelante PLDC, o simplemente Principios Latinoamericanos), el Marco Común de Referencia (de ahora en adelante el DCFR) y el Código Europeo de Contratos.

Ahora, sumada a su intención reguladora, bien sea imperativamente (CISG) o por su adopción como ley del contrato mediante pacto contractual (PCCI, PECL, PLDC, DCFR), y en adición a su intención de uniformar las reglas aplicables a los contratos internacionales, los instrumentos del derecho contractual uniforme han tenido un efecto armonizador, modernizador y renovador en la contratación moderna, ya no solo de carácter internacional, sino también a nivel local. Para Morales (2016) la característica principal de este fenómeno de modernización del derecho de contratos, con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme, no es solamente: "...una tendencia a mejorar o a depurar los propios códigos civiles, según pautas o criterios diferentes, sino la adecuación de todos ellos a un nuevo patrón o modelo" (p. 35).

Múltiples ordenamientos jurídicos de diferentes Estados nacionales, a raíz de la amplia aceptación que han tenido estas regulaciones contractuales de carácter internacional, han venido reformando sus derechos internos para adecuarlos a los conceptos, principios y reglas que estas establecen. De ahí que se les llame el nuevo derecho de los contratos o nuevo derecho de la contratación. Así, reformas legislativas locales tendientes a alinear su derecho interno al contenido de los instrumentos normativos internacionales, se han presentado y aprobado en Alemania, Francia, Holanda, China, Argentina, por ejemplo. En otros países, como es el caso de Chile, no se ha llevado la adecuación por reforma legislativa sino a través de su acogimiento por una amplia mayoría doctrinaria, y que cada vez se manifiesta más en su jurisprudencia, y que día a día realiza una constante reinterpretación de las normas del Código Civil con base en el nuevo derecho de la contratación. En España desde hace varios años se discute un anteproyecto de reforma legislativa para modernizar todo su derecho contractual y obligacional con el fin de ajustarlo a los instrumentos del derecho contractual uniforme, cosa que no ha impedido que ya buena parte de su derecho esté modernizado por vía de la relectura de las normas de su código civil por parte de su doctrina y jurisprudencia.

En palabras del profesor Jorge Oviedo Albán, en presentación a la publicación de los Principios Unidroit 2016:

Los principios de UNIDROIT se han convertido en uno de los instrumentos de referencia en el Derecho Comercial Internacional, generando interés en los círculos académicos al igual que han influenciado junto con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), el proceso de modernización del Derecho de obligaciones y contratos reflejado en la adopción de nuevas leyes a nivel nacional e internacional y también en la jurisprudencia y decisiones arbitrales, ya sea porque en algunos casos los han aplicado directamente o porque han contribuido a reforzar la interpretación dada ya sea a leyes nacionales o a instrumentos uniformes reguladores de contratos internacionales (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT, 2019, p.v)

En similar sentido Albiez (2002), quien en profundo estudio sobre la reforma legislativa del Código Civil alemán del año 2002, se pronunció sobre la pretensión de internacionalidad implícita en las reformas legislativas contemporáneas de los

ordenamientos jurídicos locales: “Si en el siglo xx el Derecho contractual internacional ha recurrido a las elaboraciones doctrinales de los derechos nacionales, ahora en el siglo XXI, es el Derecho Internacional el que está contribuyendo a la modernización de los Derechos nacionales” (p.1144).

Vemos entonces, cómo adquiere sentido recurrir a los instrumentos del derecho contractual uniforme para este trabajo sobre el incumplimiento esencial, específicamente frente a los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento. Pues si tenemos un vacío en el Código Civil y en el Código Comercial colombianos, pero por otro lado existe una producción normativa de las características y cualidades anteriormente explicadas, que regulan detalladamente el concepto del incumplimiento esencial, y cuya manifestación más importante (la Convención de Viena) se encuentra incorporada en nuestro derecho interno mediante ley de la república, la conclusión no puede ser otra que considerar este derecho uniforme como una herramienta útil y válida para la búsqueda de soluciones internas en el derecho colombiano.

2.2. Las nociones de contrato y de incumplimiento en los instrumentos del derecho contractual uniforme o nuevo derecho de la contratación.

Como hemos visto, los instrumentos del derecho contractual uniforme son producto de organizaciones o entes intergubernamentales y supranacionales en los que se aprueban cuerpos normativos de regulación del contrato internacional, con pretensiones de uniformidad, armonización y modernización. Estos procedimientos de aprobación se efectúan a partir de la discusión y consenso entre varios académicos y/o representantes gubernamentales de diferentes países pertenecientes a distintas familias o culturas jurídicas y que componen cada uno de estos organismos internacionales. Ello por supuesto implica que, para la toma de decisiones frente al texto cuyo acogimiento se pretende, se presente el tradicional choque entre la cultura jurídica del Civil Law con la cultura jurídica del Common Law.

Si bien los textos de los instrumentos uniformes pretenden recoger un equilibrio entre ambos sistemas en el material normativo producido, lo que se logró en buena medida, tampoco es un secreto que el sistema del Common Law se impuso en la adopción de varios de los temas más sensibles y relevantes, como por ejemplo las nociones de contrato y de incumplimiento, presupuestos conceptuales de los que se desprenden, como ya se explicará en este trabajo, los efectos jurídicos más importantes de la relación contractual; uno de estos es la facultad de resolución (Mejías, 2018, p.15; Vidal, 2009, p. 240).

En este capítulo, y antes de ver cómo trata cada instrumento el concepto de incumplimiento esencial, explicaremos las nociones del contrato y del incumplimiento que se adoptaron en los mencionados instrumentos, puesto que dichas conceptualizaciones serán herramientas útiles a la hora de establecer en el capítulo tercero cuáles son los criterios que propondremos para determinar la esencialidad del incumplimiento en Colombia, o lo que es lo mismo: definir cuáles son los incumplimientos resolutorios que existen en el derecho colombiano.

2.2.1. Una noción realista del contrato

Tal como afirma Morales (2016, p. 81) en el nuevo derecho de la contratación se asume una concepción de la vinculación contractual diferente a la tradicional de los sistemas continentales o del Civil Law. En estos últimos el contrato se explica, de una forma bastante general y abstracta, como una figura creadora de vínculos obligacionales donde hay un deber de conducta o de prestación del deudor, y un crédito a favor del acreedor que consiste en permitirle a este exigir del deudor prestaciones o conductas muy concretas, principalmente las especificadas como prestaciones o deberes de conducta en el contrato. Ello se ha considerado una visión estrecha y reducida del fenómeno contractual.

Tal concepción tradicional del contrato y la obligación la encontramos en los artículos 1494 y 1495 del C.C. colombiano. Para Morales (2016):

Esta construcción, aunque pueda parecer muy clara y fácil de explicar, es excesivamente esquemática y limitada, pues solo contempla los deberes de conducta del deudor. No considera la vinculación contractual desde la perspectiva del acreedor (desde la satisfacción de su interés). Resulta, por ello, insuficiente para incorporar todos los contenidos de la vinculación contractual. (p. 83).

En contraposición a esta concepción tradicional, y desde una visión realista del contrato, este deja de ser simplemente una fuente de derechos y obligaciones; no es simplemente “un vínculo jurídico que genera deberes” como advierte Mejías (2018, p.19), sino principalmente una promesa de garantía de satisfacción de intereses por parte del deudor hacia el acreedor. El derecho del acreedor ya se refiere, más que a exigir la prestación debida, a exigir la satisfacción de su interés contractual.

Bajo esta visión realista, se entiende al contrato como un medio de regulación y satisfacción de intereses. Las partes acuden a la contratación para organizar, regular y satisfacer sus intereses, lo que se denomina por la doctrina como el “propósito práctico” que los llevó a contratar. Ese propósito práctico tendrá relevancia jurídica y obligará al deudor en la medida en que este lo pueda prever, y podrá hacerlo si este propósito práctico queda incorporado al contrato, explícita o implícitamente, al momento de su celebración. En términos de Vidal (2009): “Al mismo tiempo, tal propósito práctico integrado al contrato permite al intérprete dibujar, para cada caso en particular, el interés del acreedor, al que se le denomina “interés contractual” y que el contrato hace objeto de su protección” (p. 228).

El propósito práctico, en palabras de Mejías (2018, p.11) y Vidal (2009, p.227), hace referencia a la noción de causa, pero no entendida como parámetro para juzgar la moralidad o legalidad del contrato y definir su validez, ni tampoco se entiende como las meras aspiraciones o simples deseos que tuvieron los contratantes para vincularse y que quedaron en su fuero interno, sino como aquellos móviles que quedaron explícita o implícitamente incorporados en la regla contractual, regla que se refiere al acuerdo de

voluntades debidamente interpretado e integrado, esto es, a la fijación del contenido negocial acordado. Así las cosas, el propósito práctico o móviles que quedaron incorporados en el contenido del negocio --regla contractual--, sea de forma implícita o explícita, configuran el interés contractual digno de tutela jurídica. El incumplimiento será entonces, con base en esta noción realista del contrato, cualquier desviación del programa contractual que impida la satisfacción de ese interés contractual.

Tal como aducen De la Maza & Vidal (2019, pp. 137) con la visión realista del contrato no se habla propiamente de incumplimiento o no de una obligación, sino de incumplimiento o no del contrato, como unidad, ya que el compromiso general del deudor es garantizar la satisfacción de los intereses contractuales del acreedor (estos últimos se fundamentan a su vez en el propósito práctico o móviles incorporados en el contrato). Una manifestación práctica de esta visión o concepto, que hace énfasis en los intereses del acreedor y no en el incumplimiento de determinada obligación, es la reformulación del tema de los vicios redhibitorios. Ello en tanto para la concepción clásica del contrato los vicios ocultos no configuran en estricto sentido un incumplimiento de la obligación de entrega (haciéndose necesaria la consagración del régimen especial de vicios redhibitorios por la violación de otros deberes o cargas del deudor adicionales a la obligación de entrega ya cumplida). En la noción realista del contrato, adoptada en la Convención de Viena mediante el concepto de “falta de conformidad”, como ya veremos, se trata al vicio oculto como cualquier otro incumplimiento, en tanto implica la insatisfacción del interés contractual del acreedor, en tanto la cosa defectuosa no guarda correspondencia con el propósito práctico o móviles que tuvo el acreedor para contratar.

Este entendimiento realista del contrato, como garantía de satisfacción de intereses por parte del deudor al acreedor, ha sido adoptado por los instrumentos del derecho contractual uniforme, no solo en razón a que estos contienen varias normas que claramente se refieren al cumplimiento o incumplimiento “del contrato”, como un todo, como unidad, siendo ejemplo la CISG (art. 25) y los PLDC (art. 77 y 86), sino debido principalmente, tal como lo señalan De la Maza & Vidal (2019, pp. 138-139), al hecho de que en la generalidad de los instrumentos de derecho uniforme se entiende la falta de cualidades de la cosa como un incumplimiento, esto es, como la insatisfacción del interés contractual del comprador por el hecho de que se entrega una cosa sin las cualidades prometidas al acreedor con base en su propósito práctico. Así las cosas, estos eventos de vicios o falta de cualidades son incumplimientos (no se dio la satisfacción del interés contractual) y por lo tanto detonantes de la operatividad de todos los remedios generales del incumplimiento, sin que exista un régimen especial de saneamiento para casos de vicios ocultos.

Lo anterior también se explica en tanto en la noción realista del contrato, en palabras de Oviedo (2018, pp. 480), el deudor garantiza con el futuro cumplimiento, para la consecución del interés del acreedor, la existencia o inexistencia de hechos, situaciones o estados de la realidad, previos a la vinculación contractual y necesarios para la satisfacción del interés del acreedor. Con base en ello, un ejemplo de esos estados de la realidad son las cualidades del bien, que son situaciones o estados previos al contrato cuya existencia el deudor garantizó al acreedor, y cuya inobservancia implicó la

insatisfacción del interés del acreedor, por lo que se entienden como un incumplimiento contractual que le otorga al acreedor, en principio, la posibilidad de acudir a los remedios genéricos; sin necesidad de consagrar un régimen fraccionado de remedios mediante un sistema especial para los vicios redhibitorios.

En palabras de Morales (2016):

Ese modo diferente de entender la vinculación contractual se ha convertido en el modelo del nuevo Derecho de contratos, que está sirviendo para revisar el modelo continental de la vinculación contractual... ha traspasado las fronteras del Common Law y constituye hoy la clave esencial de modernización del Derecho de las obligaciones contractuales. Ha sido decisivo que este nuevo modelo constituyera la base dogmática bajo cuya pauta fue redactada la CISG, porque la influencia de la CISG ha sido muy poderosa. Es, también, muy importante que el nuevo modelo esté siendo la pauta de tratamiento del incumplimiento y del sistema de remedios en los diferentes textos normativos que proponen principios modelo (Principios UNIDROIT, PECL, DCFR). (p.82).

También De la Maza & Vidal (2019, pp. 137) sostienen que esta concepción realista del contrato ha sido adoptada en los instrumentos del derecho contractual uniforme.

Lo importante de esta concepción realista del contrato es que nos permite conectar el incumplimiento con el interés del acreedor, cuestión que para nuestro trabajo es de máxima relevancia, en la medida en que el incumplimiento será esencial principalmente, como se explicará, cuando se haya afectado sustancialmente ese interés del acreedor (artículo 25 CISG) que se pretendió garantizar mediante la celebración del contrato.

En palabras de Mejías (2018):

Concebir el contrato desde esta noción realista nos permite vincular la noción tradicional que coloca énfasis en las obligaciones que de él emanan con la satisfacción de los intereses que las partes aspiran obtener con su ejecución y que se dibuja en el propósito práctico que persigue, estando el deudor obligado a su consecución para que la prestación que ejecute equivalga al cumplimiento o pago, conectándose de esta forma la satisfacción o no de dichos intereses con los problemas de cumplimiento e incumplimiento. Desde esta perspectiva, en definitiva, el contrato cumple una función económica que se manifiesta en la satisfacción del interés de los contratantes. (p.11).

Valga resaltar las palabras de Vidal (2009), que explica cómo la concepción realista del contrato nos permite ligar el contrato al propósito práctico o móviles que tuvieron las partes al momento de celebrar el negocio jurídico. Propósito práctico o móviles que al quedar incorporados al contrato conformaron el interés contractual, el cual el deudor garantizó satisfacer, y que finalmente nos va a permitir establecer el cumplimiento o incumplimiento en función a la satisfacción o no de ese interés. Esta es la clave para el presente trabajo, el incumplimiento esencial se determinará principalmente, y una vez

identificado ese interés contractual, en la medida del impacto que haya tenido el incumplimiento sobre ese interés digno de tutela:

Desde esta perspectiva, el fin del contrato es la satisfacción del interés contractual del acreedor, que, como se dijo, precisamente se dibuja, caso a caso, a partir del propósito práctico incorporado al contrato. Tal fin se realizará naturalmente con la ejecución de la prestación prometida, siendo razonable sostener que la prestación idealmente prometida constituye el medio necesario para que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés.

Dentro de esta aproximación realista, el objeto del contrato que más interesa está representado por lo que debe ser o cómo debe ser (objeto ideal) por encima de aquél que se identifica con lo que es (objeto real). El acreedor alcanzará la satisfacción de su interés en la medida que el objeto real – la cosa o el hecho tal como es – coincida con el objeto ideal representado por el programa inicial de prestación.

Si no se da tal coincidencia, produciéndose la insatisfacción del interés acreedor, cobra importancia el contrato como regla, que hasta ese minuto había pasado desapercibida. Pasa a importar la ley del contrato...resultante de la realización de dos operaciones, la interpretación y la integración de la declaración de voluntad. La regla contractual así construida permitirá al juez, o árbitro, resolver el conflicto entre partes en torno al cumplimiento e incumplimiento... (p. 229).

A su vez sobre la relevancia del concepto de propósito práctico en la determinación de la gravedad del incumplimiento, dice Mejías (2018):

Incide en la configuración del incumplimiento resolutorio desde una perspectiva objetiva, es decir, si el incumplimiento priva totalmente o de forma sustancial el propósito práctico que el acreedor perseguía con la celebración del contrato. Propósito que interesa en la medida en que se haya incorporado expresa o tácitamente al contrato. (p.117).

Ahora, valga aclarar que esta concepción realista del contrato no excluye la concepción tradicional de nuestro derecho civil que lo considera como instrumento creador de deberes y obligaciones, perfectamente pueden ser complementarias (Mejías, 2018, p.10; Oviedo, 2018b, p.491; Vidal, 2009, p.229). Simplemente la concepción realista del contrato nos permite hablar en un lenguaje de intereses contractuales, que se determinan a partir del propósito práctico o móviles para contratar incorporados al contrato. Una vez identificado ese interés contractual en virtud del propósito práctico o móviles incorporados en la regla contractual, se entiende que el deudor debe satisfacerlo en un todo, y si no es así hubo incumplimiento. Ello nos permite, en nuestra opinión, identificar más fácilmente si hubo incumplimiento o no; como también, y de ahí la utilidad para este trabajo, sea más sencillo graduar la gravedad del incumplimiento, en tanto podemos valorar objetivamente el impacto del incumplimiento en esos propósitos prácticos o móviles que dibujan finalmente ese interés contractual. Esta valoración la consideramos

principalmente de hecho, al contrario de la dificultad de una valoración de derecho, o mas bien abstracta, si se adopta únicamente la concepción tradicional, y también abstracta, del contrato como creador de vínculos jurídicos obligacionales.

Para Morales, “este enfoque realista es el único que permite rescatar el propio concepto de negocio jurídico de los peligros de una excesiva abstracción” (como se citó en Vidal, 2009, p. 226). Por su parte, De la Maza & Vidal (2019) concluyen que con base en esta noción realista del contrato:

Los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato son, al mismo tiempo, de satisfacción e insatisfacción del interés del acreedor, siendo determinante a estos efectos, tal como lo hemos explicado en el capítulo anterior, descubrir el propósito práctico de las partes incorporado al contrato; propósito que permite no sólo definir el interés del acreedor, sino también su fin de protección. (p. 141).

2.2.2. Una noción unitaria de incumplimiento, o noción amplia y objetiva del incumplimiento.

La noción unitaria del incumplimiento busca establecer una definición de incumplimiento única y unificadora, que se convierta en el centro gravitacional de todos los remedios o medios de tutela que tiene el acreedor y permita desarrollar un sistema unificado, organizado y armónico de remedios en torno a esa noción única de incumplimiento. Esta noción unitaria entiende al incumplimiento como un concepto amplio y objetivo. Que el incumplimiento se entienda como un hecho amplio y objetivo se desprende de la misma concepción realista del contrato.

Veamos: Si el efecto de la noción realista del contrato es entender los problemas de cumplimiento o incumplimiento como problemas de satisfacción o insatisfacción del interés del acreedor, entonces cualquier desviación (noción amplia) de ese programa contractual diseñado para satisfacer el interés del acreedor, e independiente de su causa o imputabilidad (noción objetiva), se considerará incumplimiento contractual. Cualquier desviación entre el objeto ideal (prestación idealmente convenida con base en el propósito práctico o móviles de los contratantes) frente al objeto real (prestación efectivamente realizada), se considerará incumplimiento.

El incumplimiento se entiende como un hecho amplio y objetivo cuyo efecto inmediato es la insatisfacción del interés del acreedor, al punto que se sostiene – a partir del concepto realista de contrato arriba examinado– que para comprender los problemas de cumplimiento e incumplimiento de contrato éstos deben tratarse como problemas de satisfacción e insatisfacción del mencionado interés... Los efectos que produzca el incumplimiento dependen directamente del impacto que produzca en el citado interés, efectos a los que se denomina remedios y que tienen por objeto común permitir al acreedor que, a pesar del incumplimiento, alcance su satisfacción (Vidal, 2009, pp. 232 y 233).

Procedamos ahora a tratar ambos elementos separadamente, tanto la amplitud como la objetividad del incumplimiento. En primer lugar, en cuanto a la amplitud del incumplimiento, señala Oviedo (2019) que:

Cabe destacar también la teoría del incumplimiento del contrato en sentido amplio, partiendo de una concepción realista de contrato entendido no en la forma tradicional como un acuerdo que genera, modifica o extingue obligaciones, sino como un medio de satisfacción de intereses, ha sugerido un concepto amplio de incumplimiento entendido no solamente como la inejecución de las prestaciones derivadas del contrato, sino como la insatisfacción de los intereses del acreedor, y abarca supuestos como la no ejecución, la ejecución moratoria o la ejecución defectuosa, y produce la responsabilidad del deudor sea que la falta de cumplimiento resulte imputable o no a su conducta, que se puede encauzar por un sistema unificado de remedios ante cualquiera de dichas eventualidades (p.125).

Así las cosas, la idea del incumplimiento amplio implica que cualquier incumplimiento (total, parcial, defectuoso o tardío), o lo que es lo mismo cualquier desajuste entre el objeto idealmente convenido y el objeto real, se considere incumplimiento. El incumplimiento es una mera cuestión de no satisfacción del interés que fue garantizado con base en el programa contractual convenido, por lo tanto se habla más de incumplimiento del contrato que de incumplimiento de obligación concreta; el incumplimiento del contrato provendrá de cualquier tipo de incumplimiento: total, parcial, defectuoso o tardío.

La gran consecuencia de la adopción en los instrumentos del derecho contractual uniforme de este concepto amplio de incumplimiento reside en que cuando la prestación presenta vicios o irregularidades en sus cualidades, al ser una insatisfacción del interés del acreedor, se genera un incumplimiento contractual, como cualquier otro tipo de incumplimiento, lo que le permite al acreedor acceder a los remedios generales. Por ello, en estos instrumentos jurídicos no se consagra un régimen especial de saneamiento; el acreedor puede acudir a las acciones genéricas.

Si ello es así en los instrumentos, bien vale la pena preguntarse, como en efecto lo haremos en el tercer capítulo, si una concepción amplia de incumplimiento puede ser adoptada en Colombia, con el fin de darle al acreedor, en el supuesto de los vicios redhibitorios, la facultad de ejercer la acción genérica de resolución, en cuyo caso la gravedad del incumplimiento sería determinada con base en los criterios generales que también definiremos en el tercer capítulo para la acción genérica de resolución. De no adoptarse esta teoría, entonces la solución seguiría siendo la de que el acreedor debe ejercer las acciones edilicias ante un caso de vicio redhibitorio, quedando, en principio, sometido a la aplicación de los escalones o graduaciones de la gravedad del incumplimiento definidos en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia vigente, jurisprudencia que se explicará en el capítulo tercero.

De esta noción de incumplimiento en sentido amplio se desprende una ventaja práctica frente al presente trabajo. Como hemos dicho, en los códigos colombianos se presenta un vacío en cuanto a los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento en la acción de resolución genérica; pero como veremos, en las normas especiales sobre saneamiento por vicios ocultos de la cosa, tanto en el contrato de compraventa como en el de arrendamiento, sí existen ciertos criterios para determinar esa gravedad frente a las acciones edilicias. Entonces, si en virtud de la noción amplia de incumplimiento entendemos los vicios ocultos como un incumplimiento genérico del contrato, entonces en términos de Mejías (2018) ello:

Permite integrar a partir de las reglas especiales que prevé el legislador, especialmente en materia de saneamiento en el contrato de arrendamiento y compraventa, el vacío que existe para determinar la gravedad del incumplimiento en materia de resolución. Desde una perspectiva amplia, como existe una disconformidad entre el objeto ideal y el objeto real, son todos problemas de incumplimiento y remedios de resolución para hacerle frente (p.115).

Por otro lado, el incumplimiento, además de su sentido amplio, se entiende como un concepto objetivo, neutro, no requiere culpabilidad, está desprovisto de valoración subjetiva. Más bien, no requiere de imputabilidad, ni subjetiva ni objetiva, ya que como hemos dicho, el incumplimiento es la mera insatisfacción de los intereses del acreedor a raíz de la desviación del programa contractual.

Ahora, eso no quiere decir que la indemnización de perjuicios proceda sin imputabilidad; no, la responsabilidad civil necesariamente requiere imputabilidad, simplemente se trata de una conceptualización de la noción de incumplimiento que pueda ser única para poder aglutinar todos los remedios y de esa forma sistematizarlos y ordenarlos en torno a un concepto unitario; una idea que permita entender que el sistema de remedios entra a operar con la mera insatisfacción del interés por parte del acreedor (incumplimiento). Cosa diferente es decidir qué remedio opera en cada caso concreto con base en la magnitud del incumplimiento y teniendo en cuenta las condiciones propias de cada uno de los remedios.

Como señala Vidal (2011):

El incumplimiento, entendido como hecho amplio y objetivo, permite articular una serie de remedios en favor del acreedor, entre los cuales optará con libertad, siempre que concurran sus condiciones de aplicabilidad. Se busca que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés, pese al incumplimiento. Entre estos remedios se hallan la pretensión de cumplimiento específico, incluida la reparación y sustitución para la falta de conformidad; la reducción de precio generalizada para todos los cumplimientos imperfectos; la resolución por incumplimiento y la indemnización de daños. Y pueden añadirse otros, como la excepción de contrato no cumplido, entendida como facultad del acreedor de suspensión del propio cumplimiento y el *commodum representationis* en supuestos de imposibilidad de la prestación. El elemento que aglutina a estos remedios es el incumplimiento, al

que se le suman unas condiciones configuradoras de sus supuestos de hecho. Así, en la resolución se requiere que el incumplimiento sea esencial, con independencia de la imputación subjetiva al deudor; y en la indemnización de daños, que la inejecución, cualquiera sea su entidad, sea imputable al deudor y lo será mientras no intervenga una causa de exoneración. Cada supuesto de hecho actúa como un verdadero filtro para la aplicación de los remedios por el incumplimiento y la opción de ejercitar uno u otro pertenece al acreedor, según mejor convenga a su interés afectado. (pp. 269-270).

Cada remedio tendrá sus propios requisitos, sin embargo el concepto de incumplimiento unitario los aglutina a todos.

Por lo anterior, los remedios de que dispone el acreedor lesionado no se encuentran, por regla general, subordinados a la concurrencia de culpa o dolo en la conducta del deudor. La imputabilidad subjetiva del deudor solo es requisito para que proceda la indemnización de perjuicios mas no el resto de remedios (Mejías, 2018, p. 22).

La consecuencia más importante en los instrumentos de derecho uniforme que se desprende de entender el incumplimiento de forma objetiva, esto es, sin necesidad de que el incumplimiento sea imputable, es que la resolución procede aun ante eventos de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña. Y ello es así, se repite, porque se entiende el cumplimiento e incumplimiento en términos de satisfacción del interés contractual. Si la prestación a cargo del deudor se hace imposible pues sencillamente no podrá realizarla y al no poder realizarla el interés del acreedor queda insatisfecho, dado que su interés dependía de la realización de una prestación posible, tal como fue idealmente convenida.

Esta noción objetiva del incumplimiento la examinaremos en el capítulo tercero, en la medida en que constituye una posible solución para los casos en que el derecho colombiano contempla la imposibilidad sobrevenida de la prestación del deudor por causa extraña. En Colombia, a pesar de las importantes excepciones que existen en materia de riesgos y que posteriormente explicaremos, la solución general es que ante la imposibilidad sobrevenida de la prestación a cargo de una de las partes en un contrato bilateral, se da la extinción de la obligación y la contraparte no puede ser forzada a pagar la contraprestación. Sin embargo, la norma no señala qué ocurre con el contrato, pudiéndose decir que queda en el limbo o en suspenso; por lo que si aceptamos que la imposibilidad sobrevenida por causa extraña es un incumplimiento, podríamos resolver cualquier discusión, logrando así la desvinculación de las partes de un contrato que ya no les reporta ninguna utilidad.

Los instrumentos del derecho contractual uniforme consagran una concepción unitaria, amplia y objetiva del incumplimiento. Así lo señala pacíficamente la doctrina (Morales, 2016, pp. 90-93; Vidal, 2009, p. 233; Oviedo, 2018, p. 484; De la Maza & Vidal, 2019, p. 144; Infante, 2008, pp. 74-77).

En el mismo sentido Vaquer (2017):

Es clara la tendencia actual en el derecho europeo a la construcción de un concepto unitario de incumplimiento, en el que ha desplegado una destacadísima influencia la regulación contenida en el CISG a través del soft law... Este concepto unitario del incumplimiento se presenta bajo la denominación de falta de conformidad. Es un concepto unitario porque engloba todas las modalidades de incumplimiento, así se dice en los comentarios al art. 8:101 PECL y se explicita en el ar. 7.1.1. Principios Unidroit...Y es, además, un modelo de incumplimiento objetivo, que prescinde de cuestiones de imputación subjetiva que, en su caso, originarán una excusa al incumplimiento. (pp. 342-343)

Y también Mejías (2011):

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías no define del incumplimiento. Sin embargo, la doctrina afirma que en ella se recoge un concepto amplio, el deudor –sea el vendedor o comprador– no está llamado a cumplir una o varias obligaciones fraccionadas, sino el contrato entendido como un todo; se reemplaza la idea de infracción de obligaciones contractuales por la de incumplimiento del contrato. Él es sinónimo de la desviación del programa inicial e ideal de prestación convenida por las partes e integrada por la ley uniforme que produce la insatisfacción del interés del acreedor. Se concibe, además, como un hecho objetivo que despliega sus efectos al margen de la culpa o negligencia del deudor. (p.108).

Así se desprende también de los propios instrumentos:

Artículo 7.1.1. (PCCI): “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el incumplimiento defectuoso o el incumplimiento tardío”. Artículo 1:301, 4 (PECL): “El término “incumplimiento” denota cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como a la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos”. Artículo 77 (PLDC): “Cumplimiento es la ejecución del contrato en los términos en que fue acordado” y Artículo 86 (PLDC): “(1) Incumplimiento es la falta de ejecución del contrato en la forma pactada. (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor”. En cuanto a la CISG, ella no tiene una definición de incumplimiento, pero el carácter amplio y objetivo del incumplimiento se infiere de los artículos 25, 45, 49, 61, 64 y 79 (# 1 Y 5).

Por lo anterior, tanto la CISG como los PCCI, PECL y PLDC acogen “...una noción amplia, unitaria, aglutinadora y objetiva de incumplimiento en la que está presente la noción de contrato como una garantía de resultado, dejándose de lado la distinción de si el incumplimiento es imputable o no” (Mejías, 2011, p. 112)

2.3. El incumplimiento esencial en los instrumentos de derecho contractual uniforme.

De los múltiples instrumentos de derecho uniforme que existen se escogerán cuatro para efectos de examinar el incumplimiento esencial⁹. La Convención de Viena por ser sin duda el instrumento más importante en la medida en que tiene fuerza vinculatoria directa en el derecho colombiano, y porque sus conceptos innovadores han sido replicados en los otros instrumentos del derecho contractual uniforme. Se escogen también los Principios Unidroit y los Principios Europeos, porque su contenido es coherente con los principios básicos de la Convención de Viena y además porque el alto grado de aceptación de su contenido ha logrado que se generalice su uso en la redacción de contratos internacionales y su aplicación en las decisiones judiciales y arbitrales, siendo además constantemente invocados en las discusiones doctrinarias. Se escogen finalmente los Principios Latinoamericanos, no solo por su novedad dada su reciente aparición y porque guardan coherencia con los principios y soluciones de los instrumentos anteriormente señalados, sino también por la razón, más que obvia, de ser el aporte de Latinoamérica al nuevo derecho de los contratos.

2.3.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG).

La CISG es un tratado internacional celebrado en 1980 a instancias de la ONU, que entró en vigor en 1988, hoy en día ratificado por 89 países entre ellos Colombia (que incorporó la Convención al ordenamiento jurídico interno colombiano mediante ley de república No. 518 de 1999). La Convención de Viena, a diferencia de los otros instrumentos del derecho uniforme que aquí estudiamos, solo regula el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. La CISG no solo incorporó novedosos conceptos al derecho contractual y obligacional, como por ejemplo el concepto de incumplimiento esencial, sino que replanteó muchos otros aspectos tradicionales del derecho privado, como las ya vistas nociones del contrato y del incumplimiento. Su carácter innovador e

9 Sin embargo, se transcriben igualmente las regulaciones sobre incumplimiento esencial en el Marco Común de Referencia y en el Código Europeo de Contratos. Marco Común de Referencia, artículo 3:502: “(1) *Un acreedor puede resolver si el deudor incurre en un incumplimiento esencial de una obligación contractual, (2) Un incumplimiento de una obligación contractual es esencial si: (a) priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, referido a la totalidad o a una parte significativa del cumplimiento, salvo que en el momento de la celebración del contrato el deudor no previera ni se puede esperar razonablemente que hubiera previsto ese resultado; o (b) es deliberado o imprudente y da al acreedor motivos para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor*”. Por su parte, el Código Europeo de Contratos, artículo 107, señala: “ 1. *Según se establece a continuación, el incumplimiento es grave si se refiere a una de las obligaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato. 2. Se considerará, en particular, que el incumplimiento es grave cuando éste: a) es total; b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor de obtener el resto. 3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento es de escasa importancia, en atención a la economía de la relación contractual y al interés del acreedor*”.

imperativo (en caso de darse sus presupuestos de aplicación), ha llevado a que sea el instrumento de derecho uniforme más importante y en el que se han basado los instrumentos que le siguieron.

Tal como señala Oviedo (2017), hoy en día más de las dos terceras de las operaciones de comercio internacional están llamadas a regirse por la Convención de Viena. Con las operaciones de comercio internacional no se hace solo referencia a las compraventas internacionales de mercaderías, sino también al comercio internacional global. Ello se explica por el carácter expansivo que ha adquirido la Convención, en tanto la aceptación y solidez de sus principios y disposiciones ha llevado a que la jurisprudencia tienda a aplicar sus preceptos a operaciones de comercio internacional más allá de la compraventa de mercaderías.

Entrando en materia, podemos decir que si bien la CISG no da una definición directa del incumplimiento, a diferencia de los otros instrumentos del derecho contractual uniforme, sí incorporó el novedoso concepto de “falta de conformidad”, que en el fondo es una definición misma del incumplimiento en lo que respecta a las obligaciones del vendedor. La falta de conformidad hace referencia a la obligación del vendedor de entregar las mercaderías tal y como fue pactado, explícita o implícitamente, al momento de celebrarse el contrato, de lo que se desprende que el incumplimiento por el cual responde el vendedor sea cualquier desviación del pacto inicial sobre las mercaderías y sus cualidades ideales. Allí subyace lo que denominamos en líneas atrás la noción unitaria y amplia del incumplimiento, en tanto la obligación de conformidad implica que el vendedor se obliga a entregar y traidar las mercancías en las condiciones convenidas para satisfacer los intereses del comprador, por lo que cualquier desviación de esas condiciones convenidas, que impidan la satisfacción del interés del acreedor, será entendida como incumplimiento.

En palabras de Vaquer (2017):

La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretender describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa. Al ser las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones como mejor les plazca... la conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación. Las partes gozan de la máxima discrecionalidad cuando diseñan la prestación. Pues bien, la falta de correspondencia entre la cosa que el vendedor entrega efectivamente – la prestación real- y la cosa tal como fue concebida por las partes en el momento de la perfección del contrato -la prestación ideal-, genera la no conformidad de la prestación, un concepto que engloba el cumplimiento defectuoso o inexacto, el retraso, los vicios o defectos de la cosa e incluso, como veremos, la prestación distinta de la pactada. (pp.46-47).

El concepto de falta de conformidad quedó incorporado principalmente en los artículos 30, 35 y 46 de la CISG, siendo, en nuestra opinión, su efecto más importante, como planteamos anteriormente, el hecho de que los problemas sobre las cualidades o los

vicios que se presenten en el bien quedan incluidos en ella, esto es, se entienden como un incumplimiento que da derecho al acreedor a todos los remedios o acciones propios del incumplimiento, por lo que no fue necesario establecer un régimen especial para los vicios ocultos o redhibitorios en la CISG. Esa falta de conformidad también quedó consignada en los artículos 7.1.1. de los PCCI y 1:103(4) de los PECL, por lo que reiteramos la relevancia de la Convención, en tanto los otros instrumentos del derecho contractual uniforme, con múltiples diferencias, mantienen el paradigma CISG.

La noción unitaria de incumplimiento, la falta de conformidad (que se encuentra a lo largo de los artículos 25 a 44 de la CISG), es amplia porque cubre cualquier tipo de incumplimiento (total, parcial, defectuoso y tardío); todos los incumplimientos del vendedor y todos los remedios del comprador gravitan sobre esta noción única, clara y definida. En consecuencia, presentada cualquier modalidad de incumplimiento, se detona el sistema de remedios (cumplimiento, reparación de las mercaderías, sustitución, indemnización de perjuicios, reducción del precio, resolución etc.) que se encuentran debidamente organizados y sistematizados desde el artículo 46 al 86 de la CISG. Aclarado que si bien el incumplimiento es la noción unitaria y amplia que detona todo el régimen de remedios, nada obsta para que determinado remedio exija algún requisito adicional, como por ejemplo la indemnización de perjuicios que requiere imputabilidad, o la sustitución de las mercancías y la resolución del contrato que requieren la esencialidad del incumplimiento.

Ahora, habiendo ya profundizado un poco en la obligación del vendedor en el sentido de entregar y traditar mercaderías conforme a las condiciones y cualidades pactadas idealmente (profundización que realizamos en virtud de que es en el concepto de “falta de conformidad” donde subyace una noción unitaria, amplia y objetiva del incumplimiento), señalemos ahora que la CISG, en sus artículos 49 y 64, prescribe que cada una de las partes, vendedor y comprador, podrá dar por resuelto el contrato en caso de un incumplimiento esencial o también en el evento de que se haya otorgado un plazo suplementario al deudor para el cumplimiento (a raíz de un incumplimiento previo no esencial) y el deudor no haya cumplido o haya manifestado no cumplir en ese plazo suplementario.

Ese concepto de incumplimiento esencial, objeto del presente trabajo, se encuentra definido en el artículo 25 de la CISG:

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

La CISG claramente solo permite la resolución del contrato frente a incumplimientos que tengan la suficiente envergadura para afectar sustancialmente el propósito práctico que tuvo el acreedor al momento de contratar. Se sigue entonces el principio de conservación del contrato. Pudiendo siempre el acreedor acceder, de forma principal, a los remedios

de cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios, entre otros, pero dejando en todo caso la resolución solo para casos que realmente lo ameriten. En ese sentido Vaquer (2017) dice, al referirse al nuevo derecho de la contratación en Europa, que:

Por lo que al sistema de remedios se refiere, se va imponiendo uno que se caracteriza por la pluralidad de remedios disponibles y su carácter acumulativo, pero con preferencia por los remedios que conservan la eficacia del contrato siendo subsidiarios aquellos que suponen la ineficacia contractual. Este sistema procede del CISG, se incorporó a los PECL y a los Principios Unidroit... (pp. 344-345).

Recuérdese que además el acreedor podrá también resolver el contrato en los eventos en los que haya fijado un plazo suplementario ante un incumplimiento no esencial de su deudor y este no haya cumplido en ese plazo o haya manifestado que no cumplirá en ese plazo. Con base en lo anterior, en la CISG se da el derecho de resolución solo ante eventos de incumplimiento esencial o ante eventos en que sin ser el incumplimiento esencial el acreedor otorga un plazo suplementario y el deudor no cumple en este o manifiesta que no va a cumplir. Examinemos cada uno de esos supuestos.

Con base en la lectura del artículo 25 de la Convención, se tiene que tres son las condiciones para que se configure un incumplimiento esencial: 1) Debe existir un incumplimiento, 2) Debe causarle un perjuicio al acreedor que lo prive sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, 3) Debió ser previsible para el deudor la sustancialidad del incumplimiento o que al menos una persona razonable en su misma posición lo hubiera previsto.

En cuanto al primer requisito del incumplimiento ya nos referimos antes, esto es, se entenderá como incumplimiento cualquier desviación del programa prestacional convenido por las partes, explícita o implícitamente, para satisfacer el interés del acreedor. Tal como lo hemos explicado, y de hecho así lo señala el artículo 25 expresamente, se habla de un incumplimiento del contrato y no tanto de obligaciones individualmente consideradas, aunque por supuesto el incumplimiento de una obligación llevará al incumplimiento del contrato. El énfasis en todo caso es en el contrato, lo relevante es que se produzca la insatisfacción de los intereses del acreedor contenidos explícita o implícitamente en el contrato, independiente de haberse incumplido o no determinada obligación explícita en el clausulado contractual.

En cuanto al requisito de un perjuicio al acreedor que lo prive sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, Mejías (2011) sostiene que este:

...atiende a las consecuencias que produce el incumplimiento del contrato y no a la naturaleza de la obligación incumplida; lo que impone considerar el caso concreto, aquello que fue acordado por las partes y la interpretación del contrato... se caracteriza por el perjuicio que ocasiona al acreedor... dicha expresión no es coincidente con la de daño, ya que no se encuentra reducida a una pérdida

económica; se alude a cualquier efecto perjudicial o consecuencias negativas que produce el incumplimiento. (p. 181).

Aquí se evidencia toda la relevancia de la noción realista del contrato, en la medida en que la noción de propósito práctico nos permitirá identificar cuáles fueron los móviles determinantes para la celebración del negocio jurídico, que debieron quedar explícitos o implícitos en el contenido del contrato, y que una vez identificados permitirán al operador jurídico verificar si fueron afectados sustancialmente o no a raíz del incumplimiento del deudor.

Finalmente, el tercer elemento es el juicio de previsibilidad, esto es, no basta para que haya derecho a la resolución que exista un incumplimiento esencial, sino que es necesario que el deudor lo haya previsto o una persona razonable en sus mismas condiciones lo hubiera podido prever. Según Martínez (2006, p. 537), es el criterio de la previsibilidad y no el de la culpa, lo que eximirá al deudor de la procedencia de la acción de resolución. Para determinar ello habrá que realizar el test de previsibilidad, bien sea desde una perspectiva subjetiva (el deudor) o desde una perspectiva objetiva (la persona razonable), y se resolverá el contrato cuando se cumpla una de esas dos condiciones: si el deudor lo previó, o bien sea que no lo haya previsto, pero sí lo hubiera podido prever una persona razonable con sus mismas condiciones y en la misma situación.

Cuestión adicional es la relacionada con el momento en que se debe juzgar la sustancialidad del perjuicio y su previsibilidad. En cuanto al primero, para guardar coherencia frente a lo que aquí se ha expuesto, su determinación debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato, pues es en los convenios explícitos o implícitos de las partes al momento de la perfección del negocio en los que se encontrará el propósito práctico que los llevó a contratar. Frente a la previsibilidad reiteramos, en principio, el mismo criterio, pues es en el momento de celebración del contrato en el cual cada parte debe tener conocimiento de los propósitos de su contraparte para contratar, sin embargo, también deben tenerse en cuenta las informaciones que les hayan llegado a las partes después de su celebración.

Debe reiterarse que la CISG permite resolver el contrato cuando no es posible ejecutar la prestación por imposibilidad sobrevenida de la prestación a cargo del deudor por causa extraña. Recuérdese que este es uno de los principales efectos de la noción amplia y objetiva del incumplimiento: cualquier desviación del programa contractual que impida la satisfacción de los intereses del acreedor, independiente de su causa, se considerará incumplimiento. Esto implica que el incumplimiento detona la operatividad del sistema de remedios, pudiendo el acreedor elegir libremente la acción o medio de tutela que más le favorezca, sin perjuicio de que alguno de esos remedios pueda tener un requisito adicional al mero incumplimiento.

En materia de resolución en la CISG, la imputabilidad no es condición para la interposición de la acción de resolución, tal como se desprende de su artículo 79 numerales 1 y 5. El énfasis, en virtud de la objetivación del incumplimiento, se da en el interés del acreedor, que cuando es insatisfecho por cualquier desviación del programa

contractual lleva a la operación del sistema de remedios. Entonces, si al deudor le resulta imposible cumplir con su prestación por causa extraña, el acreedor podrá interponer la acción de resolución para dejar sin efectos el contrato. Así las cosas, la imposibilidad sobrevenida de la prestación es un incumplimiento en la CISG, y dará lugar a la resolución siempre y cuando sea esencial, esto es, desde que la imposibilidad, total o parcial, le haya ocasionado un perjuicio al acreedor que lo prive sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

Por otro lado, como decíamos antes, también habrá derecho a resolver el contrato en aquellos casos en que el incumplimiento no sea esencial pero el acreedor le ha otorgado un plazo suplementario al deudor para el pago y este no cumple o manifiesta que no va a cumplir en dicho término adicional (artículos 49 1b y 64 1b CISG). Para Vaquer (2017, p. 233) "...El modo más eficiente de determinar la concurrencia de un incumplimiento resolutorio es acudir a la fijación de un periodo adicional para subsanar el incumplimiento inicial". En términos de Morales (2016, p. 108) "por esta segunda vía se evita que un incumplimiento no esencial, pero continuado, mantenga indefinidamente vinculado al otro contratante".

Este plazo debe ser razonable, el fundamento de esta exigencia es la conservación del negocio, En todo caso, vencido el plazo, el acreedor, en nuestra opinión, continúa con la carga de gestionar razonablemente los remedios que va a ejercer, entre ellos la resolución, siendo posible, aunque difícil por la claridad de la norma, reprocharle que aun vencido el plazo haya optado por la resolución, si el incumplimiento sigue siendo completamente irrisorio, o que haya interpuesto la acción de resolución de forma no razonable y contraria a la buena fe (Vaquer, 2017, pp. 235).

Finalmente, frente a la CISG, vale mencionar que el incumplimiento esencial, sea en virtud del artículo 25 o en virtud del plazo suplementario otorgado al deudor, se manifiesta además en otros supuestos o modalidades especiales de resolución, que abordaremos rápidamente: el incumplimiento previsible, la resolución parcial del contrato y la resolución en los contratos de compraventa con entregas sucesivas.

El concepto de incumplimiento esencial tiene una aplicación específica en los casos de incumplimiento previsible, regulado en el artículo 72 CISG, en virtud del cual se puede dar por resuelto un contrato si resulta patente para el acreedor que su deudor incurrirá en incumplimiento esencial, y siempre y cuando le haya dado un aviso al deudor con una antelación razonable para que el deudor pueda dar garantías de pago. De no darlas, podrá el acreedor declarar resuelto el contrato por el futuro incumplimiento esencial que fue previsible antes de materializarse. "La resolución en estos casos se justifica porque una parte no puede razonablemente continuar vinculada por un contrato, una vez que ha quedado claro que la otra parte no quiere o no puede cumplir a su vencimiento" (Mejías, 2011, p. 196)

Vaquer (2017) sostiene, en relación con el incumplimiento previsible o anticipado qué:

Uno de los principios básicos del nuevo derecho contractual europeo es el de la conservación del contrato, lo que determina que la resolución no sea un remedio ni libre ni principal. No obstante, no se fuerza al acreedor a esperar en vano un incumplimiento sobre el que existe la certeza razonable de que no va a producirse, y por tanto se faculta a resolver el contrato cuando el incumplimiento sea previsible. (p. 237).

Otro evento en el que hay una aplicación particular del concepto de incumplimiento esencial es en los casos de resoluciones parciales de la compraventa con base en el artículo 51 CISG. La norma prescribe que el comprador solo podrá resolver el contrato frente a las mercaderías que no se entregaron o frente a las que se entregaron defectuosamente, dejando en el resto vigente el contrato. Aclarando la norma en todo caso que, si el incumplimiento parcial constituyó un incumplimiento esencial del contrato entonces sí hay lugar a la resolución plena del contrato. Esta norma, si bien solo hace referencia a la facultad que tiene el comprador de resolver parcialmente el contrato, la doctrina y jurisprudencia han entendido que es aplicable recíprocamente al vendedor para eventos de pago parcial del precio o para eventos en que el comprador se niega a recibir las mercancías, lo que constituye una aplicación analógica con base en los principios de buena fe objetiva y de conservación del negocio jurídico implícitos en la CISG (Martínez, 2006, p. 466).

Finalmente, encontramos otra aplicación del incumplimiento esencial en el artículo 73 CISG, que hace referencia a los contratos de entregas sucesivas de mercaderías, señalando que cuando alguna de las partes incumpla sus obligaciones frente a una de esas entregas sucesivas, entonces la parte cumplida podrá pedir la resolución frente a dicha entrega si el incumplimiento es esencial. Tal como dice Martínez (2006, p. 467), la diferencia de este artículo 73 con el 51 de la CISG, es que este se refiere a resoluciones parciales en general, en cambio aquel, que también implica una resolución parcial del contrato, sería una norma especial para casos específicos de compraventas que impliquen entregas sucesivas de mercaderías o contratos de suministro.

2.3.2. Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (PCCI).

Se trata de un cuerpo normativo de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales, expedidos por la organización internacional e intergubernamental UNIDROIT en el año 1994, cuya última versión fue presentada en el año 2016. Son principios altamente inspirados en los conceptos ya establecidos en la CISG, pero que a diferencia de esta pueden ser aplicables a cualquier contrato comercial, ya que no se restringen al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Otra diferencia fundamental con la CISG se encuentra en que los Principios de Unidroit no fueron aprobados mediante un tratado internacional, sino que son una producción académica de grupos de estudio de diferentes países, por lo que solo adquieren fuerza normativa cuando las partes por medio de una cláusula negocial someten el contrato y las divergencias que se puedan presentar a las normas UNIDROIT. Dichos principios fueron

el resultado de un consenso entre representantes de diferentes sistemas jurídicos y económicos.

En palabras de Oviedo (2016):

Los Principios de Unidroit, al recoger principios de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadores soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar nuestra jurisprudencia, por otra parte, son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y unificar el derecho privado internacional como una respuesta jurídica al fenómeno económico de integración. (p.180).

También señala el profesor Jorge Oviedo Albán, en presentación a la publicación de los Principios Unidroit 2016, que:

... Al no constituir un tratado internacional, la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la voluntad de las partes aunque también, varios tribunales arbitrales los han aplicado al entenderlos como reflejo de la *lex mercatoria* y que a diferencia de otros intentos regionales como los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL) y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), los Principios de Unidroit tienen vocación y legitimidad universal. (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT, 2019, p.v).

Como veremos en el tercer capítulo, la relevancia de estos principios no es solo la posibilidad de ser fijados contractualmente como ley de un contrato internacional, sino que también tienen como objetivo, tal como se desprende de su texto, el ser utilizados para interpretar e integrar otros instrumentos de derecho uniforme, por ejemplo, la Convención de Viena, e incluso una ley nacional.

Ahora, en cuanto al incumplimiento esencial, ellos prescriben:

Artículo 7.3.1. de los Principios Unidroit:

1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. 2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: A) El incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; B) La ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato; C) El incumplimiento fue intencional o temerario; D) El incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro; E) La resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento; 3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5.

De la mera lectura se evidencia que sin duda se trata de un articulado mucho más completo en su literalidad respecto a la CISG. Destáquense en primer lugar las importantes semejanzas con la CISG: el literal (a) hace referencia al mismo criterio de incumplimiento esencial plasmado en la CISG y además en su numeral 3º se reitera el concepto de plazo suplementario. Sin embargo, a partir de allí las diferencias son apreciables. En primer lugar, en el literal (b) se hace referencia a un incumplimiento esencial por convenio entre las partes, esto es, las partes pueden establecer en el contrato cuáles incumplimientos tendrán el carácter de esencial, o de forma indirecta lo pueden determinar elevando una obligación específica a la categoría de esencial, lo que permite concluir que ese incumplimiento será esencial en atención al convenio contractual, siendo en principio innecesaria la evaluación de la importancia o entidad del incumplimiento en sí mismo.

Adicionalmente, en los literales (c) y (d) se incorporan juicios de valor para determinar la esencialidad del incumplimiento, ya no es el impacto objetivo del incumplimiento en el interés del acreedor, sino el reproche que se le hace a la conducta del deudor debido al dolo, a la temeridad o a un incumplimiento que le dé razones al acreedor para desconfiar del cumplimiento futuro. Por último, el literal (e) no se refiere a un incumplimiento resolutorio propiamente, sino más bien a un evento en el que no habría lugar a la resolución en tanto la procedencia de esta le ocasionaría perjuicios desproporcionados a un deudor que está presto para cumplir con la prestación.

Habiéndose ya explicado en el aparte destinado a la CISG el incumplimiento esencial por privación sustancial de aquello que esperaba obtener el acreedor en virtud del contrato, resulta conveniente dar una explicación de algunos literales de los PCCI, específicamente del (b) al (e), por ser novedosos con relación a lo dispuesto en la CISG. Ello lo haremos utilizando las mismas notas explicativas que contienen los principios UNIDROIT en su texto.

En relación con el literal (b) del artículo 7.3.1. (2), referido a la resolución porque la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato, las notas explicativas del texto de los PCCI dicen:

El párrafo (2)(b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito.

Generalmente la doctrina entiende que la esencialidad del incumplimiento, en virtud de este numeral, puede manifestarse de tres formas diferentes: 1) Las partes pactan expresamente en el contrato una cláusula que califica determinado incumplimiento como esencial; 2) Las partes califican una obligación como esencial en el contrato, de lo que

se desprendería el carácter esencial del incumplimiento; 3) Se infiere la esencialidad de determinada obligación y de su incumplimiento a partir de los convenios verbales y de las actuaciones de las partes.

Seguidamente, el literal (c) del artículo 7.3.1. (2), se refiere a la resolución por un incumplimiento intencional o temerario del deudor, las notas explicativas del texto de los PCCI dicen:

El párrafo (2)(c) trata de la situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional.

La norma en sí es extraña a la filosofía que subyace en el artículo 7.3.1 y en la generalidad de los PCCI: la objetivación del incumplimiento. Además, es contradictoria, o por lo menos deficiente, pues no sería un incumplimiento esencial en la medida en que el deudor, con base en las mismas notas explicativas de los PCCI, podría frenar la resolución alegando que el incumplimiento es irrisorio. Ukneviciūtė (2011, pp. 31-32), sostiene que se trata de una norma de aplicación restrictiva en virtud del principio de la buena fe y que además es un criterio que tiene menos peso que los otros porque en este el incumplimiento no requiere tener determinada entidad, ya que de requerirlo sería esencial y sencillamente en ese caso se resolvería el contrato con base en los otros criterios del 7.3.1. Agrega que este criterio de los PCCI debe ser mejorado vía integración con aquel criterio de los PECL que se refiere al incumplimiento intencionado que solo será incumplimiento esencial si le crea motivos a la parte cumplida para creer que no podrá contar en el futuro con el cumplimiento del contrato por parte del deudor (este criterio de los PECL se abordará a continuación. También en el capítulo tercero se explicará sobre la posibilidad de integrar un instrumento del derecho uniforme con otro del mismo derecho uniforme).

Posteriormente, el literal “d” del artículo 7.3.1. (2) trata de la resolución en razón a un incumplimiento que da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro. Las notas explicativas del texto de los PCCI dicen:

El párrafo (2)(d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte. Si una parte debe una de las primeras prestaciones permite anticipar que éstos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato, aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la resolución del contrato. A veces el incumplimiento intencional puede demostrar que no se puede confiar en la otra parte.

Ejemplo 4. “A”, que es mandatario de “B”, presenta recibos falsos a “B” para solicitar el reembolso de supuestos gastos. Aunque la suma solicitada por “A” en concepto de reembolso sea insignificante, “B” puede considerar el

comportamiento de “A” como un incumplimiento esencial y resolver el contrato de mandato.

El literal “e” del artículo 7.3.1. (2) imposibilita resolver el contrato cuando implique perjuicios desproporcionados para un deudor que esté presto a cumplir con su obligación, las notas explicativas del texto de los PCCI dicen:

El párrafo (2)(e) se ocupa de supuestos en los que la parte que no ha cumplido el contrato ha confiado en dicho contrato y se estaba preparando para cumplirlo o se ha ofrecido a hacerlo. En estos casos se debe prestar atención a si dicha parte sufriría un menoscabo desproporcionado en el caso de que su incumplimiento sea considerado como esencial. Es menos probable que el incumplimiento sea considerado esencial en el caso de cumplimiento moroso, posterior a la preparación de la prestación, que si el incumplimiento tiene lugar mucho antes de tal preparación. También cabe tener en cuenta si la parte de la prestación que ha sido ofrecida o efectivamente entregada puede ser de algún beneficio para la parte incumplidora, si dicha parte de la prestación es rechazada o devuelta.

Ejemplo 5. El 1o de mayo “A” se obliga a entregar software fabricado especialmente para “B”. El contrato dispone que la entrega deberá realizarse antes del 31 de diciembre. “A” ofrece entregarlo el 31 de enero, cuando “B” todavía necesita el software y “A” no puede venderlo a otros usuarios. “B” puede reclamar una indemnización de los daños y perjuicios, pero no puede resolver el contrato.

Esta literal no se refiere propiamente a una modalidad de incumplimiento esencial, sino a una eventualidad que dificulta la configuración del incumplimiento esencial.

Ahora, ya explicado el artículo de los PCCI que regula el incumplimiento esencial, debe recordarse que al igual que la CISG, en los PCCI se adopta una noción amplia y objetiva del incumplimiento, con base en la cual se entiende que la imposibilidad total o parcial sobrevenida de la prestación, sin culpa del deudor, es también incumplimiento y dará lugar a la resolución del contrato en caso de que tal incumplimiento sea a su vez sustancial. Ello se desprende de los artículos 7.1.1. y 7.1.7 numerales 1 y 4 de los PCCI.

En cuanto al plazo suplementario, artículo 7.3.1. (3) PCCI, debe destacarse de nuevo que los principios UNIDROIT recogen esta figura de la CISG, pero con una diferencia importante en comparación con los textos de la CISG y de los mismos PECL, pues en virtud del artículo 7.1.5. (4) PCCI, aun violándose el plazo suplementario, podría no haber lugar a la resolución si el incumplimiento sigue siendo de escasa importancia.

En materia de incumplimiento previsible o anticipado se sigue la misma línea de la CISG, pero con una diferencia: si el incumplimiento esencial futuro es patente, se podrá resolver inmediatamente (artículo 7.3.3. PCCI), pero si no es patente sino razonable, deberán pedirse primero garantías al deudor antes de intentar la resolución del contrato (artículo 7.3.4. PCCI).

En cuanto al artículo 7.3.3., que trata del incumplimiento anticipado patente, las notas explicativas de los PCCI señalan:

Este artículo establece el principio de que el incumplimiento que ha de ser esperado se equipara al incumplimiento que tuvo lugar al momento en que se debía la prestación. Un requisito que debe quedar claro es que habrá de existir incumplimiento; una sospecha, aun bien fundada, no será suficiente. Más aún, es necesario que el incumplimiento sea esencial y que la parte que tiene derecho a recibir la prestación notifique su decisión de resolver el contrato.

Una ilustración de incumplimiento anticipado se presenta cuando una parte declara que no cumplirá el contrato. Las circunstancias también pueden indicar que se ha de tratar de un incumplimiento esencial.

Ejemplo: “A” promete a “B” entregar petróleo transportado por el buque M/S Paul en Montreal el 3 de febrero. El 25 de enero el M/S Paul se encuentra a 2000 Km. de Montreal. A la velocidad que hace no llegará a Montreal el 3 de febrero; como pronto lo haría el 8 de febrero. Como el tiempo de la entrega es esencial y ha de esperarse un retraso significativo, “B” puede resolver el contrato antes del 3 de febrero.

El artículo 7.3.4. PCCI, como decíamos, regula la misma situación que el 7.3.3., pero con una importante discrepancia: ya no se habla de un incumplimiento esencial patente sino de un incumplimiento esencial que razonablemente se espera que ocurra. Al respecto los comentarios del texto de los Principios Unidroit dicen:

Este artículo protege el interés de una parte que tiene razones para creer que la otra será incapaz o no desea cumplir el contrato en la fecha estipulada, pero que no puede recurrir al Art. 7.3.3 pues aún existe la posibilidad de que la otra parte quiera o pueda cumplir. La primera parte, en ausencia de esta disposición, se encontraría con frecuencia en un dilema. Por un lado, incurrirá en una pérdida si espera la fecha del cumplimiento y la otra parte no cumple. Por otro lado, si decide resolver el contrato y entonces resultara evidente que el contrato habría sido cumplido por la otra parte, su proceder equivaldría a un incumplimiento del contrato, conllevando su responsabilidad por el daño causado.

Consecuentemente, este artículo faculta a la parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial por parte de la otra, a reclamar garantías adecuadas de cumplimiento y a suspender mientras tanto el cumplimiento de sus propias obligaciones. Qué constituye una garantía adecuada depende de las circunstancias. En algunos casos será suficiente la declaración de la otra parte de que cumplirá, mientras que en otros, el requisito de una fianza o garantía de un tercero podría estar justificado.

Ejemplo: “A”, un constructor de barcos con un solo astillero, promete construir un yate para “B” a ser entregado a más tardar el 1o de mayo. Poco

después “B” se entera por “C” de que “A” también se ha comprometido a construir un yate para “C” durante el mismo período. “B” está facultado para solicitar de “A” una garantía adecuada de que el yate se entregará a tiempo. Además, “A” tendrá que dar a “B”

Como se puede observar, en ambos casos (7.3.3. y 7.3.4.) se necesita que haya un incumplimiento previsible y que dicho incumplimiento sea esencial. La distinción se encuentra en que si la previsibilidad es patente se podrá resolver el contrato inmediatamente, pero si es solo razonable, se deberán pedir garantías de cumplimiento previamente, y solo de no otorgarse se podrá resolver el contrato por el acreedor.

2.3.3. Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL).

Son principios similares a los Principios Unidroit en cuanto a su naturaleza. No tienen fuerza vinculatoria como la CISG, pero tienen la potencialidad de regular cualquier contrato (a diferencia de la CISG que está dirigida principalmente a la compraventa internacional de mercaderías), en la medida en que las partes pacten el sometimiento del contrato a dichos principios. Al igual que los PCCI, pueden ser utilizados para interpretar e integrar otros instrumentos de derecho uniforme e incluso una ley nacional (en lo que profundizaremos en el tercer capítulo); sin embargo, fueron pensados para auxiliar como instrumento unificador y armonizador en el ámbito europeo en tanto su principal objetivo fue servir de escalón para la expedición de un posible Código Contractual Europeo. Fueron promulgados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, entidad constituida a solicitud de la Unión Europea.

Artículo 8:103:

El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: A) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato, B) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado, C) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

Se observa la gran similitud de los PECL con los PCCI. Dicho parecido no es solo frente al concepto del incumplimiento esencial, sino que podría afirmarse, como lo hace Labariega (2006, p. 388), que ambos instrumentos normativos son en la esencia prácticamente idénticos, tanto en la forma en que se desarrolla el instrumento como en los mismos principios y reglas que le subyacen.

Para Vaquer (2017), existen importantes diferencias de los PECL respecto a la CISG:

Los PECL amplían el concepto de incumplimiento esencial, incluyendo en él al incumplimiento doloso o intencional, pero manteniendo la base de la CISG... la redacción en términos alternativos denota que son tres los casos de

incumplimiento esencial, y el perjuicio de la parte contractual solo se exige expresamente en la letra (b), de algún modo asumiendo que dicho perjuicio está implícito en el hecho de no cumplir estrictamente con lo pactado cuando ello era esencial en el contrato y en el incumplimiento doloso. (pp. 226-227).

Adicional Vaquer (2017), ya comparando los principios UNIDROIT con los PECL, afirma que los UNIDROIT no adicionan cambios sustanciales respecto a lo dispuesto por los PECL:

Los supuestos, aparentemente más detallados, son básicamente los mismos: se añade la culpa lata o temeridad, se incluye el incumplimiento anticipado como modalidad de incumplimiento esencial, y se contemplan los costos excesivos para la parte incumplidora de preparar el cumplimiento si el acreedor acabara optando, en ejercicio de su *ius variandi*, por la resolución. En cuanto a la previsibilidad de las consecuencias del incumplimiento que el precepto exige, se señala que su relevancia práctica es escasa, por cuanto debe adoptarse un test objetivo, lo que convertirá en realmente difícil probar la imprevisibilidad. (p. 227).

Sin embargo, sí hay una diferencia sustancial entre los PCCI y los PECL. En los PCCI la intencionalidad y la temeridad pueden configurar por sí solas un incumplimiento esencial, en cambio en los PECL para que ese tipo de incumplimiento sea esencial se requieren tres elementos concurrentes: 1) Incumplimiento, 2) Que sea intencionado, 3) Que dé motivos al acreedor para concluir que el deudor no seguirá cumpliendo el contrato a futuro. Además, otra diferencia importante es que los PECL no incluyen la temeridad o culpa en este supuesto.

Por otro lado, de nuevo en los PECL, al igual que en la CISG y en los PCCI, el hecho de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, total o parcial, y por fuerza mayor, se considera incumplimiento y dará lugar a la acción de resolución si tal incumplimiento es esencial. Esto se desprende de los artículos 7.1.1. y 7.1.7 numerales 1 y 4 de los PCCI. 1:301 (4) 8:103 y 8:108 de los PECL.

En cuanto al plazo suplementario, que puede servirle al deudor para pagar en virtud de la conservación del negocio jurídico, pero también puede servirle al acreedor para volver resolutorio un incumplimiento que no lo es, los PECL al igual que los PCCI recogen esta figura de la CISG, pero en los PECL la configuración del incumplimiento resolutorio por otorgamiento de plazo suplementario solo se aplica a eventos de retardo en la prestación (artículo 9:301 (2) PECL).

En lo relacionado con el incumplimiento previsible o anticipado, los PECL (artículos 9:304 y 8:105) prescriben básicamente lo mismo que los PCCI.

2.3.4. Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)

Al igual que los PCCI y los PECL (instrumentos en los cuales se inspiraron), los Principios Latinoamericanos, publicados en su última versión en el año 2017, corresponden a un texto propuesto por académicos de la región que pueden además convertirse en ley contractual por medio del convenio entre las partes. Ellos pretenden también, como los PCCI a nivel global, y los PECL frente al ámbito europeo, proporcionar unas normas armonizadoras, unificadoras y modernizadoras para el derecho contractual latinoamericano.

Vidal (2015), uno de sus redactores, da su impresión sobre la razón o pretensión de los principios:

Estos principios no tienen la aspiración de llegar a constituir de un código latinoamericano sobre derecho de contratos, sino servir de instrumento, tanto para los legisladores locales frente a posibles modificaciones a los códigos civiles y de comercio o leyes especiales; como para los operadores jurídicos—abogados en la redacción de contratos previendo las contingencias asociadas a su celebración y ejecución; y jueces ordinarios y arbitrales, para la resolución de los conflictos contractuales. Así se desprende del artículo 1:101... la pregunta que surge con relación a la aspiración de estos principios, como instrumento de derecho contractual, es ¿Por qué no pretender ver en ellos una suerte de *lex mercatoria* latinoamericana de aplicación jurisprudencial directa? Sólo el tiempo dará cuenta de la utilidad de estos los principios como norma y de su aplicación en el terreno legislativo y de la práctica contractual. (pp. 746-747).

Artículo 87 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos:

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando: (a) Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento; (b) Es doloso; (c) La conducta del deudor incumplidor hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato; (d) Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes al tiempo de celebrarse el contrato; (e) El deudor no cumple dentro del plazo de subsanación del artículo 93.

Como se puede observar, los PLDC siguen el modelo de definición del incumplimiento esencial propio del nuevo derecho de la contratación, incluidos sus criterios de determinación. Se acoge el concepto de incumplimiento esencial del artículo 25 de la CISG, pero complementado con los criterios adicionales que se establecen en los PCCI y los PECL. Así lo confirman De la Maza & Vidal (2017):

De lo expuesto podemos extraer dos conclusiones. Primero, que los Principios adoptan una solución que se hace cargo del carácter incompleto del artículo 25 de la CISG, al complementarla con la restante tipología que sí recogen los otros instrumentos, como los PCCI y los PECL, entre otros. Y, seguidamente, de la

lectura del precepto resulta que la tipificación de esta clase de incumplimiento se sirve de tres criterios: i) lo querido por las partes (artículo 87, letra a); ii) el impacto que la infracción del contrato provoca en el interés del acreedor (artículo 87, letra d); y iii) la pérdida de confianza (artículo 87, letras b, c y e). (pp. 57).

En los PLDC, al igual en los demás instrumentos del derecho contractual uniforme, la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña dará lugar a la acción de resolución a favor del acreedor si se configura un incumplimiento esencial. Ello lo señala su artículo 90.

2.4. Una tipología de incumplimientos esenciales con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme

Según se ha visto, el concepto del incumplimiento esencial ha sido regulado extensamente en los instrumentos del derecho contractual uniforme, no solo en su enunciación como requisito para la procedencia de la acción de resolución, sino que han desarrollado una serie de criterios o parámetros para determinar la gravedad o esencialidad del incumplimiento. Como si fuera poco, además se han explicitado una serie de casos específicos o aplicaciones concretas del concepto, tal cual sucede en los eventos del incumplimiento anticipado, resolución parcial del contrato y resolución de contratos con entregas sucesivas de mercaderías.

Este panorama en el derecho uniforme contrasta significativamente con lo que ocurre en el derecho colombiano, en donde no solo no tenemos una enunciación del requisito de la gravedad del incumplimiento en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, sino que tampoco existen parámetros claros para la determinación de la esencialidad del incumplimiento. En cuanto al requisito en sí mismo hemos concluido en el capítulo primero que este sí puede inferirse como regla general de los principios y reglas contenidos en los códigos civil y de comercio; sin embargo, frente a los criterios para configurar tipologías de incumplimientos resolutorios la tarea se torna más difícil, en la medida en que si bien hay algunas normas dispersas de las que se pueden inferir ciertos criterios (en lo que profundizaremos en el capítulo tercero), las mismas se encuentran dispersas y son de carácter especial.

Esta dificultad se incrementa al encontrar que la doctrina colombiana trata de una forma asistemática dichos criterios, en donde cada doctrinante propone, por lo general, los criterios que subjetivamente considera pertinentes, sin tener en cuenta lo que han dicho previamente, en cuanto a los criterios, la jurisprudencia y otros doctrinantes (previsión que sí haremos en el tercer capítulo). La jurisprudencia tampoco ayuda mucho en cuanto a su sistematización, pues como se vio en el capítulo primero, normalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia solo utiliza el criterio que le sirve para resolver el caso en particular de la sentencia correspondiente, sin haber realizado hasta ahora una tarea de unificación de dichos criterios. Pecan además la jurisprudencia y doctrina colombianas por no haber realizado la tarea de intentar inferir dichos criterios de las normas legales colombianas (tarea no fácil pero realizable), y no haber recurrido debidamente a los instrumentos del derecho contractual uniforme, que ayudan como

brújula o radar, como se verá en el capítulo tercero, para encontrar esos criterios en el derecho colombiano.

Ahora, antes de hacer esa tarea en el capítulo tercero, y luego de ya haber abordado el tema del incumplimiento esencial en los principales instrumentos del derecho contractual uniforme, consideramos apropiado extraer una tipología general de incumplimientos resolutorios que se puedan inferir, ya no de un instrumento en específico, sino globalmente del derecho contractual uniforme. Es la que utilizaremos en el capítulo tercero como brújula o radar.

En primer lugar, encontramos el criterio establecido en el artículo 25 de la CISG. Se trata de un criterio material que examina la gravedad del incumplimiento en sentido estricto, esto es, examina objetivamente el impacto que tuvo el incumplimiento en el propósito práctico que alimentó al acreedor al momento de contratar. En términos de la Convención de Viena se trata de aquel perjuicio que priva sustancialmente al acreedor de aquello que esperaba obtener en virtud del contrato. Para hacer esa evaluación es relevante determinar la regla contractual, esto es, interpretar e integrar la voluntad de las partes a partir de lo convenido explícita o implícitamente en el contrato, pues será la única forma no solo de descubrir ese propósito práctico del acreedor, sino también de poder establecer que efectivamente el deudor conoció tal propósito o, en su defecto, reprocharle que una persona razonable en su misma situación pudo haberlo previsto (recuérdese que esa exigencia de previsibilidad se encuentra a su vez en el artículo 25 CISG). Como hemos visto, este criterio es reiterado en los diferentes instrumentos del derecho contractual uniforme.

Este criterio, y con base en los planteamientos que realizamos sobre la noción realista del contrato y sobre la noción objetiva y amplia del incumplimiento (adoptadas en todo el derecho contractual uniforme), es aplicable también a todos aquellos casos en que un bien presente vicios ocultos o cuando se haga imposible la prestación por causa extraña, puesto que todos estos eventos, con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme, encajan en la definición del incumplimiento recogida en los mismos: toda y cualquier desviación del programa contractual, sin importar su causa o imputabilidad, que implique una insatisfacción de los intereses del acreedor. En estos dos eventos y con base en este primer criterio de incumplimiento esencial, el incumplimiento por vicios ocultos o por imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña, dará lugar a la resolución del contrato si le causa un perjuicio al acreedor que lo prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

Un segundo criterio, ausente de forma explícita en la CISG, pero sí mencionado en los PCCI, PECL y PLDC, es aquel que entiende como esencial el incumplimiento al cual las partes le dieron el calificativo de grave, sea de forma explícita y directa en una cláusula contractual, estableciendo las partes que determinado incumplimiento será esencial, o de forma indirecta al elevar explícitamente una obligación a la categoría de esencial, o también de forma implícita en aquellos casos en que se pueda inferir de los comportamientos o acuerdos verbales y escritos de las partes, que era claro para las partes que determinada prestación era esencial dentro del contrato.

Finalmente, como señala Vidal (2009, p. 243), encontramos el criterio del incumplimiento que sin ser grave en sentido estricto o desde el punto de vista material, le genera una desconfianza razonable al acreedor sobre el cumplimiento futuro del contrato por parte del deudor. Criterio que podemos encontrar en el artículo 8:103 (c) PECL, 7.3.1. (d) PCCI y 87 (c) PLDC. De alguna forma también se encuentra implícito en la CISG cuando se hace referencia al incumplimiento anticipado en su artículo 72. La desconfianza del acreedor puede ser provocada, con base en estas mismas normas que acabamos de citar, por el comportamiento doloso, gravemente culposo o reticente del deudor. También la doctrina incluye allí aquellos eventos donde el acreedor, ante un incumplimiento no esencial, le otorga un plazo suplementario al deudor y este no cumple o manifiesta que no cumpliría en dicho plazo, generando en el acreedor la creencia razonable en un futuro incumplimiento esencial del deudor.

Excluimos dentro de esta tipología de incumplimientos esenciales dos criterios regulados en los instrumentos del derecho contractual uniforme. En primer lugar, el criterio del literal (e) del artículo 7.3.1. de los PCCI: “La resolución del contrato hará sufrir a la otra parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”. Y no lo incluimos porque tal como piensa San Miguel Pradera (2011) “más que un criterio para delimitar un supuesto de incumplimiento esencial, se trata de un criterio que establece un límite al ejercicio del remedio resolutorio” (p. 1708).

El segundo criterio que excluimos es el de la esencialidad del incumplimiento doloso o culposo establecido en los artículos 7.3.1. (c) PCCI y 87 (b) PLDC, pues es un criterio, tal como lo explicamos en líneas anteriores, que no sirve por sí solo en la medida en que siempre estará restringido por la buena fe en casos de incumplimientos irrisorios en sentido estricto, y porque, además, la doctrina lo asocia normalmente (igual que los PECL), a que dicho incumplimiento doloso o culposo, para que sea esencial, debe afectar razonablemente la confianza del acreedor en cuanto a que el deudor seguirá cumpliendo a futuro el contrato. Más que excluir este criterio lo que hicimos fue enlazarlo en el párrafo anterior al literal (e) del artículo 7.3.1. PCCI.

Reiteramos entonces, ya habiendo examinado la tipología de incumplimientos resolutorios que se desprenden del derecho contractual uniforme, que dicho panorama es diametralmente opuesto al tratamiento, o no tratamiento del tema, en el derecho colombiano. Y que si sabemos, como en efecto lo sabemos, que la CISG es hoy en día ley colombiana, y teniendo en cuenta además que los instrumentos del derecho contractual uniforme tienen dentro de sus funciones el servir de herramienta interpretativa en los ordenamientos jurídicos locales, bien vale la pena entonces preguntarnos de qué forma, y evitando proponer soluciones contradictorias con el sistema jurídico y carentes de validez jurídica, podemos utilizar estos instrumentos para llenar el vacío en Colombia sobre el incumplimiento esencial. Tarea que desarrollaremos a continuación en el capítulo tercero.

CAPÍTULO 3. PROPUESTA TEÓRICA PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO.

3.1. Presupuestos metodológicos.

3.1.1. Identificación del vacío normativo.

Como hemos afirmado, se podría considerar en principio que los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, que regulan la acción de resolución en los contratos civiles y mercantiles respectivamente, adolecen de dos vacíos frente a la gravedad del incumplimiento. El primero se refiere al requisito en cuanto tal, es decir, no se establece que la gravedad del incumplimiento sea un presupuesto de la acción de resolución. El segundo, se infiere por lógica, es que si no existe tal presupuesto, no hay razón para investigar cuáles serían los criterios que determinarían la esencialidad del incumplimiento.

Frente al primer problema, la esencialidad del incumplimiento, hemos sostenido en este trabajo que es un vacío que puede ser integrado sin necesidad de recurrir a las normas del derecho contractual uniforme. Los principios constitucionales, los principios generales del derecho, el tratamiento que se le da a la extinción del contrato por nuestro sistema jurídico en general (no solo en el derecho privado), la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la doctrina nacional, y específicamente las normas generales y especiales del Código Civil y del Código de Comercio, dan cuenta de un principio general en nuestro sistema que reserva la extinción del contrato solo para eventos de especial envergadura; por lo que necesariamente debe manifestarse en la acción de resolución por incumplimiento, so pena de una interpretación asistemática de la norma y por ende inválida. Como los principios y reglas generales que sustentan este requisito son claramente identificables en el sistema, la labor que sea realiza es la de descubrimiento de esos principios generales y la consecuente integración de los artículos 1546 y 870 a partir de aquellos.

Cuestión más compleja es la relacionada con los criterios que buscan determinar la gravedad del incumplimiento. Consideramos que este vacío normativo amerita una tarea integrativa y de construcción normativa más elaborada, en tanto no contamos con principios o reglas generales implícitos en el sistema jurídico en general, y en el derecho privado en particular, que permitan soportar una conclusión general acerca de la manera de determinar la gravedad del incumplimiento. Por el contrario, contamos con algunas normas de carácter especial, según se verá, que establecen parámetros específicos para encontrar la gravedad del incumplimiento en eventos también específicos. Estas normas están dispersas a lo largo del Código Civil y del Código de Comercio, son de variada naturaleza y en ellas se encuentran diferentes criterios sobre la esencialidad del incumplimiento, incluso algunas veces aparentemente contradictorios (por ejemplo, en unas se atiende a criterios cuantitativos – art. 1888 C.C.- y en otras a criterios cualitativos –art. 1984 C.C.-). El vacío se agiganta si tenemos en cuenta que la jurisprudencia y la doctrina no son uniformes sobre el tema; proponiendo de forma disímil, y algunas veces

de forma incompleta o contradictoria, como explicamos en el capítulo primero, distintos criterios. Sin duda, en lo referido a los criterios para determinar el incumplimiento esencial, no se ha cumplido por la jurisprudencia y por la doctrina la tarea que les corresponde de unificación y organización conceptual.

3.1.2. ¿Con base en qué método integraremos el vacío normativo?

Lo haremos con el método principal y preponderante que tiene el ordenamiento jurídico colombiano para resolver vacíos normativos: la analogía. Tal como se explicó en el capítulo primero, el procedimiento analógico sobre el artículo 1546 del Código Civil tiene como sustento el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 (ya transcrito); en cambio el procedimiento integrativo del artículo 870 del Código de Comercio se basa principalmente en lo prescrito por los artículos 1º, 2º y 820 del Código de Comercio.

Señálese que la analogía es una modalidad de integración jurídica, más propiamente una forma de autointegración del derecho, ya que el mismo sistema jurídico prevé la solución precisamente a través de tal mecanismo, y consiste en palabras de Valencia (1979) en la elaboración de una:

Regla jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa, pues, una extensión de la ley a otros casos de los expresamente previstos. Podemos suponer que una ley regula concretamente un caso de la vida real; pero, dadas determinadas condiciones, consideramos que dicha solución puede extenderse a otro caso semejante (analogía *legis*). (pp. 183-184).

En la denominada analogía *legis*, que es la que pretendemos aplicar, el vacío de la norma se llena bien sea utilizando otra norma legal individualizada que regula la situación examinada, bien sea utilizando varias normas legales, ya no solo una, que regulan simultáneamente y de idéntica forma un mismo evento, y cuya solución pretende transferirse a la norma que contiene el vacío. Sobre la operación analógica a partir de múltiples normas véase Monroy (1973, p. 232); Valencia (1999, p. 333); Tamayo (2011, p. 858) y Galiano & González (2012, p. 441).

La analogía *legis* normalmente tiene como requisitos la similitud del supuesto de hecho de las normas (tanto de la que contiene el vacío como de la que sí regula el hecho) y además que la razón de ser de ambas normas sea idéntica. En palabras de Tamayo (2011):

... no basta una similitud entre los presupuestos de una norma y las del caso que carecen de norma aplicable, sino que es preciso que exista la misma razón, es decir que el intérprete pueda decirse a sí mismo que si el legislador hubiera imaginado la hipótesis no prevista en la norma que le sirve de apoyo para la creación por analogía, la habría incluido en ésta, dada la finalidad perseguida por él a redactar la norma. (p.863).

Ambas exigencias se satisfacen en la operación analógica que aquí pretendemos realizar. Hay similitud del supuesto de hecho, porque los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. regulan la acción de resolución en contratos bilaterales, guardando silencio frente a los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento y, por otro lado, están las normas especiales que sí regulan los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento en la acción de resolución. Además, el requisito de la razón de ser también se verifica, puesto que tal como demostramos en el capítulo primero, la gravedad del incumplimiento debe entenderse como un requisito propio de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com., y por otro lado, las normas especiales que vamos a examinar y que sí establecen criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento (que aplicaremos analógicamente), parten de la misma razón de ser de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com: la gravedad del incumplimiento como requisito de la acción de resolución.

Ahora, valga aclarar que en cuanto al requisito de la gravedad del incumplimiento, las normas que examinaremos no son una excepción a la regla del 1546 C.C. y 870 C.CO, esto es, no es posible afirmar lógicamente que las normas especiales que sí regulan la gravedad del incumplimiento y sus criterios, son excepcionales en relación a los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. que no exigen en su literalidad el requisito de la gravedad. No es admisible pretender o insinuar, para evitar la aplicación analógica, que ellas son una excepción a la regla general. No, pues tal como demostramos en el capítulo primero la gravedad del incumplimiento es un requisito general de toda acción de resolución, por lo tanto, todas ellas comparten el mismo requisito: la gravedad. Además, la mayoría de estas normas especiales que califican la gravedad del incumplimiento en ciertos contratos, realmente se están refiriendo a la misma acción de resolución genérica de los artículos 1546 y 870, simplemente se trata de una manifestación particular o específica de esa acción de resolución genérica frente a ese contrato en concreto.

3.1.3. Normas con base en las cuales se integrará el vacío.

En el transcurso del trabajo hemos definido que seguiremos el modelo de incumplimientos resolutorios propuestos en los instrumentos del derecho contractual uniforme. Y en el capítulo segundo definimos un modelo general de incumplimientos resolutorios o, lo que es lo mismo, un formato general de criterios para determinar la gravedad del incumplimiento con base en dichos instrumentos. Habiendo señalado que la metodología en la que nos embarcaremos es la de la analogía legis, corresponde ahora determinar si existen normas legales en el ordenamiento jurídico colombiano que den cuenta de los mismos incumplimientos resolutorios señalados en el derecho contractual uniforme y que sean susceptibles de aplicación analógica para integrar los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio.

Para la integración analógica de ambas normas recurriremos a algunas normas especiales del Código Civil y del Código de Comercio que establecen criterios que determinan la gravedad del incumplimiento frente a contratos específicos. También haremos un uso especial de la aplicación analógica de la Ley 518 de 1999 (mediante la cual se incorporó la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías), que como hemos visto, es la norma de rango legal que regula de forma

más completa el incumplimiento esencial. Esta Ley 518 de 1999 la integraremos a su vez, previamente, con los instrumentos del derecho contractual uniforme, como ella misma lo autoriza; procedimiento de integración que explicaremos en los siguientes apartes (he aquí la relevancia de lo que se abordó en el capítulo segundo y que le otorga coherencia metodológica a este trabajo).

Finalmente, para cada aplicación analógica que realizaremos con el fin de identificar cada uno de los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento que deben entenderse contenidos en los 1546 C.C. y 870 C.Com., invocaremos jurisprudencia y doctrina colombianas que hayan aceptado y/o aplicado ese criterio en específico.

3.1.4. Corriente doctrinaria a la que se suscribe el presente trabajo.

Nos acogemos a la escuela doctrinaria civilista que parte de una noción realista del contrato, que se compone principalmente por juristas de España y Chile, entre ellos Federico de Castro, Antonio Manuel Morales Moreno, Álvaro Vidal Olivares, Iñigo de la Maza Gazmuri y Claudia Mejías Alonzo. En Colombia, el profesor Jorge Oviedo Albán resalta la importancia de estas tesis y su compatibilidad en general con el derecho colombiano, aunque ha tenido reservas específicas frente al alcance de esta teoría en el régimen especial colombiano de vicios redhibitorios, según explicaremos más adelante.

Esta adscripción la realizamos por cuatro razones.

La primera, porque sus nociones sobre el contrato (realista) y el incumplimiento (amplio y objetivo), explicados en el capítulo segundo, comulgan con las nociones que sobre estos conceptos se tienen en el derecho contractual uniforme, particularmente en la Convención de Viena (CISG). Recuérdese que esta última fue aprobada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999, lo que implica que dichas nociones, al menos, no son extrasistemáticas al ordenamiento jurídico colombiano.

Otra razón se refiere a que si de la Ley 518 de 1999 (CISG) se desprende que el incumplimiento esencial es aquel que le causa un perjuicio al acreedor que lo priva sustancialmente de aquello a que tenía derecho a esperar en virtud del contrato (criterio aplicable en Colombia en los términos que ya veremos); entonces será el concepto de “propósito práctico”, desarrollado por esta corriente doctrinaria, el que nos facilitará concretar e identificar cuándo ocurre un incumplimiento esencial. El propósito práctico que tuvieron las partes al contratar, que debe estar especificado en la regla contractual (la voluntad debidamente interpretada e integrada por el juez), una vez identificado, nos permitirá establecer de una forma menos abstracta y más práctica – como se explicará – si se le causó al acreedor un perjuicio que lo haya privado sustancialmente de aquello a que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

Una tercera razón se funda en que de la noción realista del contrato, propia de esta corriente doctrinaria, se desprende una concepción amplia y objetiva del incumplimiento, explicada en el capítulo segundo y que se abordará de nuevo a continuación. Esa concepción del incumplimiento ha permitido tratar en el derecho contractual uniforme

tanto los problemas de vicios ocultos como los de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña, como incumplimientos que pueden dar lugar a la titularidad de la acción de resolución por parte del acreedor (eventos que han sido de difícil tratamiento en el derecho colombiano precisamente por negárseles la posibilidad de ser tramitados mediante la acción de resolución genérica). Como esta noción de incumplimiento se encuentra además en la ley 518 de 1999, es un concepto no ajeno al sistema jurídico colombiano, lo que permitirá que nos preguntemos válida y legítimamente si a partir de ello pueden ser entendidos los vicios redhibitorios y la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña, como incumplimientos que le otorgan al acreedor el acceso a la acción de resolución genérica en el derecho colombiano.

Una última razón es que esta escuela de pensamiento jurídico ha logrado, en el derecho español (cuyas normas de resolución contractual son altamente similares a las colombianas) y en el derecho chileno (cuyas normas de resolución son idénticas a las colombianas), realizar una relectura de sus normas internas de derecho contractual con el fin de adoptar internamente tanto la noción realista del contrato como la noción amplia y objetiva del incumplimiento, conceptos que como mencionamos en el capítulo segundo, son de especial importancia para definir una tipología de incumplimientos resolutorios en el derecho colombiano.

3.2. Presupuestos conceptuales

3.2.1. La interpretación e integración del concepto de incumplimiento esencial en la Convención de Viena para Compraventa Internacional de Mercaderías, para su posterior aplicación analógica en el derecho colombiano

El capítulo segundo concluyó con una tipología general de incumplimientos resolutorios con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme. Esa tipología de incumplimientos resolutorios o esenciales la obtuvimos no solo de los criterios de la Convención de Viena (CISG), norma jurídica de carácter vinculante si se cumplen sus presupuestos de aplicación, sino también de los criterios que determinan los instrumentos uniformes considerados de soft law (PCCI, PECL y PLDC) y cuya aplicación no es vinculante como norma abstracta y general, sino que solo vincularán a las partes de un contrato internacional, en principio, en la medida en que se sometan a ellos expresamente en virtud de una cláusula contractual.

Habíamos señalado que en la CISG, desde su literalidad, solo se desprendían dos clases de incumplimientos esenciales: aquel que le causa un perjuicio al acreedor que lo priva sustancialmente de lo que esperaba obtener en virtud del contrato (artículo 25) y aquel que, sin ser un incumplimiento de tal entidad, se convierte en esencial por el hecho de que el acreedor le otorgue un plazo suplementario al deudor para cumplir y este no cumpla o manifieste que no va a cumplir (artículos 49 1b y 64 1b). También dijimos que los PCCI (artículo 7.3.1.), los PECL (artículo 8:103) y los PLDC (artículo 87), además de reiterar los dos eventos anteriores, incluyen otras modalidades de incumplimientos resolutorios como serían los que adquieran tal denominación por convenio contractual y

aquellos otros que sin tener una entidad importante, se originan por dolo, culpa grave o reticencia al cumplimiento y en tanto le permiten al acreedor concluir razonablemente que su deudor no cumplirá a futuro el contrato.

Ahora, si se afirma que la CISG puede aplicarse analógicamente en Colombia, ya que por ser ley de la república es susceptible de aplicación analógica, ¿cómo sostener la aplicación analógica de otros criterios que no están incorporados explícitamente en la CISG pero sí en otros instrumentos de soft law?

Ello se logra mediante una integración de la CISG. Efectivamente la doctrina afirma que la CISG, o ley 518 de 1999, contiene una definición muy abstracta e incompleta del incumplimiento esencial, por lo que lo debe integrarse con los otros instrumentos del derecho contractual uniforme como por ejemplo los PCCI, PECL y PLDC. Sobre la posibilidad de integrar la CISG y específicamente la norma del incumplimiento esencial (artículo 25) a partir de otros instrumentos de derecho uniforme, se ha pronunciado en multiplicidad de ocasiones la doctrina, entre ellos véase por ejemplo a De La Maza & Vidal (2019, p. 260); Mejías (2011, pp. 205 y 208); Vidal (2009, p. 242); San Juan (2005, p. 147) y Koch (2004).

Este proceso de integración, en nuestra opinión es de doble vía, lo que le otorga mayor validez al proceso mismo. Por una primera vía, los PCCI (en su preámbulo), los PECL (artículo 1:101 numeral 4) y los PLDC (artículo 2 numeral 2) establecen dentro de sus funciones el poder servir para interpretar, complementar y aportar soluciones a cuestiones no resueltas en los instrumentos del derecho contractual uniforme.

Y por otra vía, preponderante, la CISG establece en su artículo 7:

1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Además, prescribe la CISG su artículo 9:

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Con base en la normatividad transcrita, la doctrina ha aceptado que la Convención de Viena (CISG) pueda ser integrada por otros instrumentos del derecho contractual

uniforme cuando estos den cuenta y sean conformes, como lo señala el artículo 7 numeral 2 de la CISG, con los principios generales en los que se basa la Convención. Ello implica entonces que, si alguna norma de otro instrumento de derecho contractual uniforme está informada por uno de los principios generales en los que se basa la CISG, entonces esa norma de dicho instrumento podría, en principio, integrar la Convención de Viena. Debe encontrarse una correspondencia principialística entre la CISG y la norma del instrumento del derecho contractual uniforme que se pretende utilizar.

Bajo estos mismos parámetros se pronuncian Oviedo Albán, J. & Posada Nuñez, L. & Liza Urbina Galiano (1999), para quienes los principios Unidroit: "... buscan llenar las lagunas existentes en las codificaciones legislativas y servir de fundamento para la interpretación e integración de normas, tanto de carácter nacional como internacional".

En esa misma línea Oviedo (2016):

Quando los principios son utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes y leyes nacionales, no se parte de la idea de que aquellos excluyan la aplicación de estas. Incluso pueden utilizarse para interpretar la voluntad de las partes... Por otra parte, es de señalar que la Convención y los Principios UNIDROIT tienen principios y reglas similares, como por ejemplo varias normas sobre criterios interpretativos, como lo destacaremos en el acápite siguiente, la importancia señalada a los usos y costumbres, el capítulo sobre formación del contrato, la posibilidad de celebrar contratos con precio abierto, y el incumplimiento esencial, para indicar solamente algunas. Igualmente debe anotarse como, frente a temas que no se encuentran regulados de manera expresa por la Convención, pero para los cuales los Principios sí prevén una solución, algún sector de la doctrina se pronuncia en el sentido de que la solución aplicable para el caso de la Convención, es precisamente la contenida en los Principios UNIDROIT. (p.121).

Así las cosas, mediante la interpretación e integración de la CISG podemos lograr una tipología de incumplimientos resolutorios mucho más completa y elaborada. La Ley 518 de 1999 (CISG), nos señala en su artículo 7 cómo debe ser interpretada e integrada, o lo que es lo mismo, una ley colombiana nos señala expresamente, desde su literalidad, cómo debe ser interpretada e integrada. Pues bien, siguiendo el mandato de la ley 518 de 1999 a ello procederemos. El resultado será una ley colombiana debidamente interpretada e integrada, bajo sus propios parámetros normativos, y en ese momento, como cualquier otra ley colombiana, será susceptible de aplicación analógica.

El incumplimiento esencial de la Convención de Viena (artículo 25, 49 1b y 64 1b), lo complementaremos con los criterios para determinar el incumplimiento esencial de los PCCI, pues consideramos que no es solo la norma más completa en el tema del incumplimiento esencial en el derecho uniforme, sino que también su uso es el que mayor legitimidad le otorga a este proceso integrativo, en la medida en que los PCCI, a diferencia de los PECL y los PLDC, como vimos en el capítulo segundo, tienen vocación

y legitimidad universal. El producto de esta integración será una tipología de incumplimientos resolutorios tal como propusimos al final del capítulo segundo.

El anterior proceso adquiere mayor legitimidad, si acaso fuere necesario, por dos eventos o razones adicionales referidas a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana. En primer lugar, porque la Corte ya ha realizado operaciones similares, por ejemplo, en la sentencia del 16 de septiembre de 2010, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, se fundamentó el deber de mitigar los daños a cargo del acreedor en el artículo 77 de la Convención de Viena. En palabras de Oviedo (2012): “La Corte Suprema de Justicia colombiana ha interpretado correctamente la figura de la mitigación de daños, lo que constituye un resultado pionero, al menos en el medio colombiano, en tanto se apoyó en un instrumento de origen internacional” (p. 57).

En segundo lugar, porque la Corte Suprema de Justicia no se ha quedado en la simple aplicación de las normas de la CISG (que tienen la categoría de tratado internacional y además de ley de la república), sino que ha ido mucho más allá, ha reconocido a los Principios Unidroit, ya no como nosotros para una simple integración de otro instrumento de derecho uniforme (como claramente lo autoriza la Ley 518 de 1999 desde su literalidad), sino como herramienta interpretativa e integrativa para cualquier norma interna colombiana: “el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos” (sentencia del 21 de febrero de 2012 de la Sala Civil, M.P. William Namén Vargas).

En comentarios a la anterior sentencia, Oviedo (2015b) señaló:

Una tercera consideración que vale la pena resaltar es el relacionado con la posibilidad atribuida a los jueces para apoyarse en los Principios de Unidroit a fin de interpretar e integrar instrumentos internacionales y normas nacionales, según afirmación de la propia Corte en el párrafo ya citado. Debe destacarse que esta posibilidad, de ser utilizada por los jueces y árbitros, podría dar lugar a importantes desarrollos en el Derecho Colombiano, de manera que permitiría hacer una relectura de muchos preceptos de los Códigos Civil y de Comercio para, por esa vía, ponerlos a tono con las tendencias del derecho contemporáneo. (pp. 17-18).

En el mismo sentido véase Adriana Zapata, Jorge Oviedo Albán y Maximiliano Rodríguez Fernández en Zapata (2012).

Es clara entonces la legitimidad y validez del proceso integrativo que aquí realizamos. Incluso la Corte Suprema de Justicia colombiana y tres autoridades doctrinarias en Colombia en materia de contratación internacional han ido más allá, señalando la posibilidad y conveniencia de interpretar e integrar normas internas del ordenamiento jurídico colombiano por aplicación directa de los PCCI. Sin embargo, nuestra pretensión es más modesta, simplemente los utilizaremos como herramienta interpretativa e integrativa de la Ley 518 de 1999, porque sencillamente, así lo ordena esta ley colombiana.

Rápidamente, y retomando ya el proceso integrativo del concepto del incumplimiento esencial contenido en la Convención de Viena, lo que pretendemos es confirmar que por vía de integración de la Convención de Viena obtenemos los mismos incumplimientos esenciales a los que hicimos referencia en el capítulo segundo: una tipología general de incumplimientos resolutorios que se desprendía de los instrumentos del derecho contractual uniforme. Este resultado lo obtendremos integrando el artículo 25 sobre incumplimiento esencial de la Convención de Viena, con el artículo 7.3.1. de los Principios de Unidroit que consagran una tipología más detallada de incumplimientos esenciales. Recuérdesse que para integrar la Convención de Viena con otro instrumento de derecho uniforme, este instrumento debe dar cuenta de un principio general propio de la Convención de Viena (artículo 7.2 de la CISG); exigencia que aquí se cumple, puesto que el incumplimiento esencial (artículo 25 CISG) es un concepto nuclear, con carácter de principio, sobre el cual gira todo el sistema de remedios consagrado en la CISG; el artículo 7.3.1. de los PCCI simplemente es una manifestación de dicho principio.

Así las cosas, estos son los incumplimientos resolutorios que se obtienen de la CISG debidamente integrada con los PCCI:

- El primer criterio para determinar la esencialidad del incumplimiento es aquel en virtud del cual este adquiere el carácter de tal por convenio contractual, especificando las partes expresamente que determinado incumplimiento u obligación son esenciales para el contrato. O de forma implícita, esto es, que del comportamiento de ambas partes se desprenda que ellas tenían conocimiento de que una prestación era esencial para el contrato. Este criterio contenido en el literal b del artículo 7.3.1. de los PCCI, encuentra también soporte en el principio básico de la autonomía contractual del artículo 6 de la CISG que permite que las partes puedan excluir contractualmente la aplicación de la Convención en los eventos en que se den sus presupuestos de aplicación directa, o también puedan modificar parcialmente las disposiciones de la Convención, por lo cual las partes podrían alterar para un caso concreto los efectos del artículo 25 CISG sobre incumplimiento esencial.
- El segundo criterio es el material o sustancial, en el que sí se evalúa propiamente el impacto del incumplimiento en el interés del acreedor al causarle un perjuicio que lo priva sustancialmente de aquello que pretendía obtener en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. Como es un criterio señalado expresamente en la CISG (artículo 25), no es necesario integrarla. Aunque el artículo 7.3.1. literal a de los PCCI también se refiere a este criterio.
- El tercer criterio se refiere a aquellos incumplimientos que, sin ser suficientemente relevantes, le generan la certeza al acreedor de que su deudor no cumplirá posteriormente el contrato (artículo 7.3.1. literal d). En nuestra opinión, este criterio relacionada con la afectación de la confianza del acreedor en el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor, encuentra su fundamento en los artículos 49 1b, 64 1b y 72 de la CISG. Con base en los dos primeros artículos se le permite al acreedor dar por

resuelto el contrato si, ante un incumplimiento no esencial, se le otorga un plazo al deudor para cumplir y este no cumple o manifiesta que no cumplirá (afectando precisamente esa confianza). Por su parte, el artículo 72 CISG, autoriza al acreedor dar por resuelto el contrato si es patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial futuro. Véase que tanto en el artículo 7.3.1. de los PCCI, como en los artículos que acabamos de mencionar de la Convención de Viena, se comparte el mismo fundamento principialístico: son incumplimientos no esenciales materialmente, pero le hacen perder al acreedor la confianza en el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor, por lo que no se le fuerza a esperar en vano un cumplimiento que no va a llegar.

En este tercer criterio, dos serían los eventos principales que darían lugar a que el acreedor pierda con certeza la confianza en el cumplimiento futuro del deudor:

En primer lugar, como señala Vidal (2009, p. 243), se trataría de aquellos casos en que el acreedor, ante un incumplimiento no esencial del deudor, le otorga un plazo suplementario y el deudor no cumple en ese plazo o manifiesta que no cumplirá en él (artículo 7.3.1. (3) PCCI y artículos 49 1b y 64 1b de la CISG). En segundo lugar, los incumplimientos dolosos, gravemente culposos o reticentes que le generan desconfianza al acreedor en el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor. Nótese que acá subsumimos los eventos de incumplimiento intencional o temerario que se consideran un criterio independiente en los PCCI en su artículo 7.3.1. (c), dado que, como dice Koch (2004), en la CISG la culpa no es por lo general un requisito para derivar responsabilidad contractual, por lo que el dolo o la culpa solo podrán tenerse en cuenta cuando le genere al acreedor una desconfianza razonable sobre el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor.

Finalmente, siguiendo lo expuesto en el capítulo segundo, no integramos la CISG con el numeral 3º del artículo 7.3.1. de los PCCI: “la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”, pues más que un incumplimiento resolutorio, viene a ser un impedimento para que se configure el incumplimiento resolutorio.

Queda entonces realizada toda la operación de subsunción integrativa del artículo 7.3.1. de los PCCI al concepto de incumplimiento esencial de la CISG¹⁰.

10 Aunque para efectos del presente trabajo haremos el proceso de integración del concepto de incumplimiento esencial de la Convención de Viena a partir de otros instrumentos del derecho contractual uniforme, como recurrentemente lo hace la doctrina; en todo caso, en nuestra opinión, las tres modalidades de incumplimientos resolutorios a las que ya hicimos referencia pueden extraerse de la misma Convención sin necesidad de recurrir a otros instrumentos del derecho contractual uniforme. Así, teniendo ya el criterio material del artículo 25 CISG, podemos derivar el criterio del incumplimiento esencial por pacto entre las partes a partir del artículo 6 de la CISG, que estipula que la autonomía de la voluntad prevalece sobre las disposiciones de la Convención. Luego, el criterio de incumplimiento esencial por incumplimientos que le den motivos al acreedor para no confiar en el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor, puede extraerse del artículo 72 de la CISG que permite la resolución anticipada cuando antes de la fecha de cumplimiento fuera patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato (si este artículo faculta a la terminación anticipada en eventos previos al incumplimiento, en sana lógica debe interpretarse que con mayor razón daría lugar a la terminación anticipada ante un incumplimiento que haga patente un futuro incumplimiento esencial del deudor). También en similar sentido, es decir, frente a

Así, determinados los incumplimientos resolutorios que se desprenden de la Ley de la República 518 de 1999 (CISG), debidamente interpretada e integrada, procederemos a aplicarlos analógicamente en el derecho colombiano. Pero como dijimos, no solo haremos eso, sino que también adobaremos dicha aplicación con normas del Código Civil y del Código de Comercio, junto con sentencias de la Corte Suprema de Justicia, laudos arbitrales y doctrina colombiana, que respaldan esos mismos criterios que aplicaremos analógicamente con base en la Ley 518 de 1999 (sobre la aplicación analógica de la CISG al derecho nacional véase Oviedo, 2011, p.20; Oviedo, 2009, p. 213 y Perales, 2001).

3.2.2. Relevancia constitucional de la integración del derecho colombiano con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme.

Hemos señalado la importancia, en un Estado de Derecho de las características del colombiano, que cualquier norma, interpretación o integración normativa esté en consonancia con los principios, valores y fines constitucionales. O por lo menos, aceptar la mayor solidez argumentativa que tiene una ley, interpretación o integración legal cuando maximiza principios, fines y valores constitucionales. Su legitimidad y validez se enlaza de forma más estrecha con el sistema, pues hunde raíces no solo en el Código Civil y el Código de Comercio, sino también en la Constitución misma a la cual están sometidos jerárquicamente aquellos.

Siguiendo la idea anterior, quisiéramos resaltar que este proceso integrativo que realizaremos sobre los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com., con base en el artículo 25 de la CISG (debidamente interpretado e integrado), optimiza diferentes principios constitucionales.

En primer lugar, la utilidad de la integración analógica para efectos del presente trabajo, no se explica meramente desde la perspectiva de la dogmática civil, esto es, como una herramienta para llenar vacíos legales sino, además, como aquí se ha pretendido, porque pone a nuestras instituciones de derecho privado en consonancia con la teoría jurídica privatista moderna y con las condiciones actuales del mercado. Asimismo, la analogía trasciende la mera utilidad en la dogmática, puesto que su consagración legal "...halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual" (sentencia C-083 de 1995 de la Corte Constitucional). La integración mediante analogía maximiza el principio de la igualdad en cualquier situación en que se lleve a cabo; nada justifica que los colombianos que celebran un contrato internacional tengan criterios definidos para evaluar la esencialidad del incumplimiento y, en cambio, los que celebran contratos a nivel local carezcan de ellos.

Además, la integración por analogía del concepto de incumplimiento esencial en la CISG también maximiza la seguridad jurídica, principio del cual depende la igualdad de trato,

incumplimientos que afectan la confianza del acreedor sobre el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor, los artículos 49 1b, 64 1b, 71 y 73 de la CISG.

derecho de máxima relevancia constitucional. Ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2015:

La seguridad jurídica en los términos expuestos se vincula con la igualdad de trato establecida por el artículo 13 de la Carta al prescribir que todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades. En efecto, si las decisiones judiciales no fueran previsibles o las reglas y soluciones adoptadas en el pasado resultaran cambiantes e inestables, los ciudadanos no podrían esperar que el asunto que someten a la jurisdicción sea resuelto de la misma forma. Así las cosas, seguridad jurídica es una condición necesaria para garantizar el mandato de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta.

Por ello, lograr en Colombia una uniformidad de criterios en cuanto a los parámetros para determinar la esencialidad del incumplimiento y la prosperidad de la acción de resolución, les permitirá prever a los contratantes, antes de la celebración del contrato, el grado de fuerza vinculante del negocio al que se van a atar. La analogía, mecanismo integrativo que la misma ley, como fuente de derecho, nos ofrece, permite obtener soluciones para normas con vacíos normativos; esto, a su vez, evita actuaciones del Estado sin soporte normativo y decisiones judiciales arbitrarias, lo que para la sentencia de la Corte Constitucional C-083 de 1995, es un objetivo inherente y de la máxima importancia en el Estado de Derecho.

En los mismos términos se pronunció el jurista internacionalista colombiano Maximiliano Rodríguez Fernández, en Zapata (2012), cuando se le preguntó sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, ya citada, que sostuvo la posibilidad de aplicación directa de los PCCI en el ordenamiento jurídico colombiano:

Además, la sentencia representa un avance en la aplicación e interpretación de instrumentos de soft law en nuestro ordenamiento jurídico. La decisión abre la posibilidad para que los jueces colombianos apliquen instrumentos de soft law, y entre estos, los Principios Unidroit. Ese reconocimiento representa un paso importante hacia la integración jurídica de nuestro país y su actualización frente a las tendencias que en la materia impulsan Unidroit y CNUDMI. El reconocimiento del poder normativo del soft law o, como se señala reiteradamente en el caso de los Principios Unidroit de la nueva lingua franca de los contratos, le permite a nuestros comerciantes, juristas y jueces, acercarse cada vez más a la tan anhelada seguridad jurídica. Seguridad jurídica que se obtiene a través de la incorporación y aplicación de estos valiosos instrumentos. Su aplicación nos permitirá cerrar la brecha de desigualdad que se origina en contexto de la globalización por la ya creciente tendencia a la utilización de figuras, conceptos e instrumentos propios de otros sistemas jurídicos (del Common Law, por ejemplo)...

Nos llama finalmente la atención la relevancia que le da el profesor Rodríguez a lo que denomina integración jurídica de nuestro país con las tendencias jurídicas propias de los instrumentos del derecho contractual uniforme, porque precisamente el artículo 226 de

la Constitución de 1991 prescribe: “El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”. Además, su artículo 227 señala: “El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones...”. Estos mandatos se reiteran en el Preámbulo y en los artículos 9 y 150 numeral 16 de la Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-529 de 2000, que declaró la exequibilidad de la Ley 518 de 1999, sostuvo: “La integración económica con otros Estados es un postulado constitucional que debe lograrse sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

Entendemos que el Estado, al que hace referencia la normativa constitucional, se encuentra representado también por los jueces de la república, quienes componen la rama judicial del poder público. De ello se desprende, en sana lógica, que los mandatos contenidos en las normas referidas también recaen sobre ellos. Por otro lado, se puede afirmar pacíficamente que la internacionalización e integración económica con otros Estados presupone necesariamente una integración jurídica, y esta, a su vez, presupone la utilización de un mismo lenguaje jurídico. No es posible la internacionalización e integración económica si los comerciantes colombianos, al salir a participar en el comercio internacional, hablan lenguajes jurídicos diferentes al del resto de los comerciantes. De lo anterior se desprende, que si el operador jurídico, el juez, y ante la omisión del legislador, armoniza nuestro lenguaje jurídico interno con el lenguaje que se utiliza en las operaciones económicas internacionales, cumple con los mandatos de los artículos 226 y 227 de la Constitución Política de 1991, lo que se logra, precisamente, compaginando nuestro derecho contractual interno con el nuevo derecho de la contratación.

El proceso integrativo que pretendemos hacer con los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. a partir de la CISG, encuentra validez y legitimidad, no solo porque se recurre al mecanismo por excelencia para resolver los vacíos normativos en el derecho colombiano (la analogía con base en otra norma legal – ley 518 de 1999-, como lo demanda el artículo 8 de la Ley 153 de 1887), o porque así lo atestiguan la Corte Suprema de Justicia y la doctrina colombiana autorizada en el tema, sino porque es un proceso integrativo con claro fundamento constitucional.

3.2.3. Adopción de una noción realista del contrato y de una noción amplia y objetiva del incumplimiento.

Siendo presupuestos para el ejercicio de la acción de resolución la celebración previa de un contrato válido y además el incumplimiento del deudor, se torna relevante asumir una posición frente a la concepción de contrato y de incumplimiento. Por orden lógico, abordaremos este tópico antes de pronunciarnos sobre los eventos que permiten calificar la gravedad del incumplimiento en Colombia; además, porque como ya veremos, dichas nociones conceptuales incidirán en la aplicación de dichos criterios.

Hemos dicho que, a partir de una noción realista del contrato, se entiende la vinculación contractual no únicamente como generadora de vínculos obligatorios, esto es, de

derechos y obligaciones, no solo como productora de efectos jurídicos, sino como un instrumento de satisfacción de intereses, en virtud del cual el deudor le garantiza al acreedor que estos serán satisfechos. Ese interés contractual se identifica a partir de una evaluación del propósito práctico que tuvieron las partes al contratar, esto es, los móviles que los incentivaron a vincularse contractualmente. Esos móviles tienen relevancia y tutela jurídica, y el deudor estará obligado a atenderlos, en la medida en que ellos hayan quedado incorporados explícita o implícitamente en la regla contractual. Esta regla contractual es la voluntad de las partes debidamente interpretada e integrada.

Para efectos de lograr el cumplimiento contractual, o lo que es lo mismo, para que el deudor logre la satisfacción del interés contractual del acreedor (este último identificable a partir del propósito práctico o móviles que tuvo el acreedor para contratar), el deudor, al momento de la celebración del contrato, le garantiza al acreedor unos estados de la realidad, esto es, ciertas cualidades materiales y/o jurídicas de la prestación idealmente pactada y que es objeto del contrato. Bajo este entendido, el cumplimiento contractual se entenderá como la satisfacción del interés del acreedor en la medida en que se entregó (objeto real) la prestación idealmente pactada, con todas sus cualidades (estados de la realidad) prometidas (objeto ideal). Habrá incumplimiento, por el contrario, cuando no se de la satisfacción del interés del acreedor, esto es, cuando la prestación ejecutada (objeto entregado) no corresponda con el objeto idealmente convenido (objeto ideal).

También mencionamos que de esta noción realista del contrato se desprende necesariamente una concepción amplia y objetiva del incumplimiento contractual. El carácter amplio se refiere a que cualquier desviación contractual, cualquier discordancia entre el objeto ideal y el objeto real, se entenderá como incumplimiento. El carácter objetivo se explica en tanto es irrelevante la causa de la desviación o falta de coincidencia entre el objeto ideal y el objeto real. Más directo: para calificar un evento como incumplimiento no importa que le sea imputable al deudor.

Señalamos seguidamente que del texto de los instrumentos del derecho contractual uniforme (entre ellos la CISG que es ley colombiana), se desprende que ellos acogen tanto la noción realista del contrato como la noción amplia y objetiva del incumplimiento. Así también lo concluye la doctrina pacíficamente, a la cual hicimos referencia. Mencionamos después algunos de los múltiples efectos positivos que se desprenden de estas nociones, específicamente aquellos que son de utilidad directa para el presente trabajo, y que aquí reiteraremos:

- La noción realista del contrato nos facilita el entendimiento y aplicación de uno de los criterios para evaluar la gravedad del incumplimiento según los instrumentos del derecho contractual uniforme. Nos referimos al criterio material que examina el impacto del incumplimiento en el interés del acreedor, esto es, aquel que le ocasiona un perjuicio que lo priva sustancialmente de aquello que esperaba obtener en virtud de la ejecución del contrato.

Si a partir de la noción realista de la vinculación contractual entendemos al contrato como un medio de satisfacción de intereses, que se explican en virtud del propósito práctico o móviles que llevaron a las partes a contratar, y que dicho propósito práctico o móviles solo son determinantes en la medida en que hayan quedado incorporados al contrato implícita o explícitamente al momento de su celebración, entonces la operación que debe realizarse se identifica y clarifica: hay que interpretar e integrar esa voluntad contractual, para luego evaluar objetivamente el impacto del incumplimiento en el interés del acreedor. La noción de propósito práctico nos permite delimitar y delinear de forma clara y objetiva aquello que vamos a evaluar para luego definir si se causó un perjuicio al acreedor que lo privó sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

Valga resaltar lo que señala Vidal (2009) sobre la relevancia del concepto de propósito práctico a fin de evaluar el incumplimiento y por ende su gravedad:

...La concepción realista implica considerar el propósito práctico de las partes, fundamental para distinguir un contrato de otro según sean los efectos de su incumplimiento. Así, no es igual el incumplimiento que priva a un consumidor de las mercaderías que aquél que incide en el negocio de un comerciante; en ambos casos difiere el propósito práctico y, seguidamente, también, los efectos del incumplimiento; así, en un caso claramente procede la indemnización del lucro cesante y en el otro es improcedente. Podría afirmarse que si el contrato se cumple y el acreedor satisface su interés, el propósito se desvanece al haberse alcanzado; sin embargo, si el deudor incumple tal propósito cobra toda su importancia al hacer posible medir los efectos que ese incumplimiento produce, modelando los remedios disponibles para el acreedor. (p. 229).

- Una concepción amplia del incumplimiento implica entender que cualquier desviación del programa contractual diseñado para satisfacer el interés contractual del acreedor (que se explica a partir del propósito práctico o de los móviles que tuvo para contratar), se entiende como incumplimiento. Cualquier desajuste entre la prestación idealmente convenida, con todas sus cualidades materiales y/o jurídicas prometidas, frente a la prestación realmente entregada constituye incumplimiento. Esto nos permite tratar, desde el plano teórico, los eventos de vicios redhibitorios como un incumplimiento, como cualquier otro, lo que faculta al acreedor a acudir a cualquier remedio general frente al incumplimiento, entre ellos la acción de resolución genérica, sin que se encuentre limitado a la interposición de las acciones edilicias propias del régimen especial de los vicios redhibitorios.

- Finalmente, como el énfasis en la concepción realista del contrato es en el interés del acreedor, lo importante para determinar el incumplimiento del contrato es su no satisfacción, independientemente de su causa. El énfasis no es en el reproche que se le pueda hacer al deudor, sino en la no satisfacción del interés del acreedor. El carácter objetivo del incumplimiento se centra en la insatisfacción del interés, sin que se requiera examinar la causa. La relevancia teórica de esta idea objetiva es que podremos tratar la imposibilidad sobrevenida de la prestación a cargo del deudor por causa extraña como

incumplimiento, lo cual posibilita que el acreedor interponga la acción de resolución para desvincularse del contrato, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos propios de la acción de resolución.

Con base en lo anteriormente dicho, y sin perjuicio que hagamos unas salvedades y precisiones posteriormente, asumiremos una posición realista del contrato y una noción amplia y objetiva del mismo, por los beneficios teóricos y prácticos que de estas conceptualizaciones se desprenden. Por supuesto, para asumir dicha posición deberemos encontrar un respaldo normativo en la legislación colombiana.

El primer respaldo es claramente la Ley 518 de 1999, en donde se incorpora una noción realista del contrato y una noción amplia y objetiva del incumplimiento. Al ser esto verdad, entonces de ahí también se desprende, en sana lógica, que estas conceptualizaciones del contrato y del incumplimiento no son asistemáticas, son nociones propias del ordenamiento jurídico colombiano. Esta afirmación se solidifica si se tiene en cuenta el hecho de que el régimen de las obligaciones del derecho privado colombiano es de naturaleza principalmente supletiva. Mucho más si también se tiene en cuenta lo que aquí hemos planteado sobre los mandatos constitucionales de internacionalización e integración económica -cuyo presupuesto necesario es la integración jurídica-, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que autoriza a interpretar e integrar los preceptos legales internos con base en los instrumentos de derecho uniforme.

En todo caso, aunque nos parece lo anterior suficiente, buscaremos respaldar estas conceptualizaciones en el Código Civil colombiano. Para ello nos apegaremos a la relectura que ha realizado la doctrina moderna chilena de su Código Civil (en donde al igual que en Colombia se adoptó el Código Civil redactado por Andrés Bello). Especial mención haremos a los análisis académicos de los profesores chilenos Álvaro Vidal Olivares, Claudia Mejías Alonzo e Iñigo de la Maza Gazmuri, sobre los cuales basamos el siguiente análisis.

Un entendimiento del contrato desde un punto de vista realista lo encontramos en primer lugar en el mismo artículo 1546 C.C. Recuérdese que en la noción realista del contrato entendemos el incumplimiento como un fenómeno que se predica más de la totalidad del contrato, como unidad, que de una obligación en concreto. En la norma en mención, se faculta al acreedor para resolver el contrato si el otro contratante no cumple “lo pactado” en el “contrato bilateral”. Ello, en nuestro sentir, al no hacer la norma ninguna especificación adicional, implica que se está haciendo referencia a lo pactado en el contrato como un todo. No se trata de una norma cualquiera. Ante la no definición del Código Civil del concepto de incumplimiento y dada la ausencia de unificación del sistema de remedios (dispersos en diferentes normas generales y especiales), se ha dicho frente al 1546 C.C.:

Pocas son las normas que en el Código Civil, no obstante la cortedad de las palabras utilizadas, pueden considerarse pilares de toda la estructura negocial que se enraíza de manera firme y constante en un sustrato evidentemente ético. Una de ellas es el artículo 1546. Es admisible decir sin exageración que es el eje

en torno al cual gira todo el desarrollo del contrato, sus cometidos y sus alcances. Es la norma que rige por excelencia una clara e inconfundible finalidad: los contratos deben alcanzar el propósito tenido por las partes al momento de celebrarlo... (Velásquez, 2010, pp. 202-203)

En la misma línea del artículo 1546 C.C., el artículo 1884 C.C. prescribe: “El vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato”.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena al entendimiento del contrato como instrumento de regulación y posterior satisfacción de intereses, y del incumplimiento como la no satisfacción de ese interés. En sentencia del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, dictaminó que el incumplimiento tiene como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor. Previamente, en sentencia del 21 de septiembre de 1998, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, dijo que el contrato tiene un efecto particularmente vinculante con el interés que en este fue depositado por los contratantes. También, en sentencia del 5 de julio de 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, la Corte entiende el contrato como acuerdo dispositivo de intereses jurídicamente relevantes.

En ese mismo sentido, pero además ligando el interés contractual con la noción de propósito práctico que en este trabajo acogemos, señala la Corte en sentencia del 14 de enero de 2005, M.P. Edgardo Villamil Portilla, qué: “Los contratos cumplen con el fin práctico de regular la satisfacción de las necesidades de las partes y los intereses económicos que ellas persiguen con su celebración”; lo que reitera en sentencia del 7 de febrero de 2008, M.P. William Namén Vargas, donde sostuvo que el contrato es “un acuerdo dispositivo de intereses, es elemental la “regulae”, “principiee” o “principia” de su utilidad y eficacia, en tanto sus autores lo celebran para el desarrollo de concreta función práctica o económica social y bajo el entendimiento recíproco de su utilidad y eficacia”.

Finalmente, y como ya hemos dicho, esta tesis no resulta conflictiva con la concepción tradicional del contrato entendido como vínculo jurídico generador de deberes y productor de efectos jurídicos. No se excluyen, pueden convivir simultáneamente, simplemente desde la perspectiva realista:

... nos permite vincular la noción tradicional que coloca énfasis en las obligaciones que de él emanan con la satisfacción de los intereses que las partes aspiran obtener con su ejecución y que se dibuja en el propósito práctico que persigue, estando el deudor obligado a su consecución para que la prestación que ejecute equivalga al cumplimiento o pago, conectándose de esta forma la satisfacción o no de dichos intereses con los problemas de cumplimiento e incumplimiento. Desde esta perspectiva, en definitiva, el contrato cumple una función económica que se manifiesta en la satisfacción del interés de los contratantes (Mejías, 2018, pp. 11-12).

Por otro lado, con respecto a la noción amplia y objetiva que aquí adoptamos sobre el incumplimiento, también podemos encontrar fundamentos para su adopción apoyados en el mismo Código Civil. Esto se logra a partir de una relectura de las normas del pago.

Como señala Mejías (2011, p. 283), los artículos 1568 y 1569 del Código Civil chileno, que corresponden en nuestro código a los artículos 1626 y 1627, prescriben respectivamente que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe” y que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes”. Estos artículos nos están definiendo cuándo hay pago, esto es, cuándo hay cumplimiento. Y si vemos de una forma negativa estos mismos artículos, no están diciendo cuándo no hay pago: cuando no se ejecuta la prestación debida de conformidad al tenor de la obligación pactada; o sea, hay incumplimiento.

Dice Mejías (2018, p.20) que el pago conforme al “tenor de la obligación” claramente se refiere a ejecutar la prestación como fue idealmente convenida. En Colombia, en similar sentido se pronuncia Velásquez (2010, p. 1085): “Esta prestación debe cumplirse conforme al contenido de la obligación...” y agrega “Cuando el artículo 1627 señala que el pago se hará bajo todos respectos de conformidad al tenor de la obligación, el tenor de la obligación no es simplemente su literalidad sino su contenido racionalmente entendido” (p.1098).

De lo anterior se desprende la misma noción de incumplimiento en sentido amplio y objetivo que aquí estamos adoptando: cualquier desviación del programa inicialmente pactado, que implique que la prestación no se entregue como fue idealmente pactada, se entenderá como incumplimiento. Esa prestación idealmente convenida lo fue así para satisfacer el interés del acreedor, de lo que resulta en otras palabras que cualquier desviación del programa contractual inicialmente pactado para satisfacer el interés del acreedor, se entenderá como insatisfacción, es decir, incumplimiento. Entendido así el incumplimiento, que no es definido por el Código Civil colombiano, se constata que su aplicación no se restringe a algún caso en particular (es por lo tanto amplio). Tampoco se califica el incumplimiento ni se supedita a la imputabilidad (es por lo tanto objetivo).

El carácter amplio y objetivo puede advertirse también en el varias veces citado artículo 1546 C.C. También en los artículos 1613 y 1614 C.C. que, aunque no definen incumplimiento, sí señalan diversas modalidades de incumplimiento. De todos ellos se desprende que habrá incumplimiento independiente de la modalidad de desviación sobre lo convenido. En ninguna de estas normas se cualifica el incumplimiento.

De estas disposiciones se induce que el incumplimiento consiste en la no realización de la prestación, sin interesar si ello ocurrió por culpa o dolo, o caso fortuito o de fuerza mayor. Los conflictos de incumplimiento lo son también de cumplimiento, cada una de las partes defenderá su posición: el acreedor, que el deudor incumplió y el deudor lo inverso... si el pago no se efectúa bajo todo respecto según el tenor de la obligación, hay incumplimiento y éste producirá sus efectos. Es suficiente la discordancia entre el objeto ideal y el real para afirmar que el deudor ha incumplido. El pago no produce su efecto normal, cuál es, la

extinción de las obligaciones sino que da paso a los efectos del incumplimiento, a los remedios del acreedor, cuya justificación última se explica en la subsistencia de la obligación. (Vidal, 2009, pp. 235-236).

Para finalizar, y a pesar de la extensión, valga reproducir las dicientes palabras de la profesora Mejías (2011):

“La noción de incumplimiento así concebida es amplia, comprensiva de todos los casos en que exista falta de coincidencia entre el objeto idealmente proyectado al momento de la celebración del contrato con el objeto real –lo efectivamente ejecutado por el deudor–; comprende y equipara jurídicamente las diversas modalidades que el incumplimiento puede adoptar –no cumplimiento, cumplimiento imperfecto o retardado– y sus distintas manifestaciones. El efecto inmediato que esta no coincidencia produce es la insatisfacción del interés del acreedor. Desde esta perspectiva, el deudor no está obligado a cumplir obligaciones aisladas sino el contrato considerado como un todo. Permite, además, aglutinar los diversos remedios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor lesionado, sin perjuicio de que cada uno de ellos tenga sus condiciones propias; producido el incumplimiento en virtud del principio de la fuerza obligatoria del contrato, sus efectos deben velar por la satisfacción del interés del acreedor lesionado. De esta forma, abarca aquellos remedios que tradicionalmente se han considerado por la doctrina como excepcionales y sujetos a un régimen especial: saneamiento por evicción y vicios ocultos, la reducción del precio por defecto o parcialidades de la prestación recibida y la reparación o sustitución como modalidades de la pretensión de cumplimiento específico en los casos de cumplimiento imperfectos; estos pueden ser reconducidos a los efectos generales del incumplimiento, los remedios ante un incumplimiento defectuoso. Otros, que la doctrina tradicional estudia aisladamente, a propósito de las obligaciones condicionales, de la constitución en mora del deudor o en materia de efectos particulares de los contratos bilaterales, como acontece con la resolución por incumplimiento y la suspensión del cumplimiento o excepción de contrato no cumplido.

Esta noción, además, es objetiva porque prescinde de la causa del incumplimiento, de la valoración de la conducta del deudor para determinar si se ha producido o no el incumplimiento; basta la sola constatación de la desviación del programa idealmente trazado que produce la insatisfacción del interés del acreedor. Resulta indiferente si el incumplimiento se debió o no a un caso fortuito. El énfasis de la noción propuesta está en el acreedor y no en el deudor, es decir, en la satisfacción de su interés y no en la infracción de los deberes jurídicos que pesan sobre el deudor en virtud del contrato. (p.118).

En Colombia, Oviedo (2015a, pp. 213-214) ha afirmado las ventajas y la viabilidad de adoptar una noción amplia y objetiva del incumplimiento con base en una relectura de las normas del Código Civil. Sin embargo, precisa que tal construcción del incumplimiento bajo la perspectiva del interés del acreedor no debe perder de vista la

obligación a cargo del deudor, por lo que debe entenderse el contrato como un todo complejo de derechos, deberes e intereses por satisfacer. Adicionalmente, señala que el concepto de incumplimiento en sentido amplio bien puede facilitar que, ante un caso de vicios redhibitorios, el acreedor pueda recurrir a los remedios genéricos frente al incumplimiento, como la indemnización de perjuicios y la pretensión de cumplimiento en sus modalidades de reparación y sustitución del bien, aunque no podrá apelar a la acción de resolución genérica por verse esta desplazada por la acción redhibitoria propia del régimen especial para los vicios ocultos.

Por nuestra parte, con base en lo anterior, adoptamos la noción amplia y objetiva del incumplimiento, con algunas salvedades particulares que haremos en el aparte siguiente. Repetimos en todo caso que esta noción unitaria del incumplimiento, que es objetiva y amplia, tiene un efecto teórico articulador, pretende organizar y sistematizar todos los remedios en torno al concepto de incumplimiento, en tanto producido el incumplimiento (insatisfacción del interés del acreedor), se detona la operación del sistema de remedios (todos ellos buscan la satisfacción del interés del acreedor). Pero cada remedio, como tantas veces lo hemos aclarado, bien podrá tener alguna exigencia adicional propia: la indemnización requiere imputabilidad del incumplimiento; la resolución requiere la esencialidad del incumplimiento.

3.3. Tipología de incumplimientos esenciales en el derecho colombiano.

A pesar de la extensión de los presupuestos metodológicos y conceptuales anteriormente abordados, se consideran necesarios para tratar de una forma más fluida y entendible la propuesta que haremos sobre los incumplimientos resolutorios en el derecho colombiano. Para ello, partiremos de las normas legales, jurisprudencia y pronunciamientos doctrinarios colombianos compilados (capítulo I), y teniendo como norte o marco la tipología de incumplimientos resolutorios del nuevo derecho de la contratación, junto con las nociones que allí se tienen sobre el contrato y el incumplimiento (capítulo II); estableceremos aquí cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta en el derecho colombiano para determinar la esencialidad del incumplimiento (capítulo III).

Para efectos de síntesis, cuando fundamentemos determinado criterio en la jurisprudencia, haremos referencia principalmente a las afirmaciones teóricas de la respectiva sentencia que soportan nuestro argumento. Sin embargo, los hechos del caso y la solución de este pueden consultarse en el primer capítulo, en donde se encuentran las sentencias ordenadas cronológicamente para facilidad en su ubicación.

Como anotamos antes, mención especial merecen los trabajos de los profesores chilenos Álvaro Vidal Olivares, Claudia Mejías Alonzo e Iñigo de la Maza Gazmuri, quienes con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme han efectuado en Chile una relectura del Código Civil redactado por Andrés Bello; relectura a partir de la cual han propuesto una tipología de incumplimientos resolutorios en el derecho chileno. Por ser nuestro Código Civil colombiano, en esencia, el mismo Código de Bello,

y además porque ambos países han suscrito y aprobado la CISG, tendremos como constante referencia los trabajos aludidos; los que iremos citando en los apartes correspondientes.

3.3.1. Criterios principales para determinar la esencialidad del incumplimiento.

Son aquellos que definimos en el aparte 3.2.1., y que resultan de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías debidamente interpretada e integrada con base en los Principios Unidroit, o lo que es lo mismo, aquellos criterios que consagra la Ley 518 de 1999.

Estos criterios no tienen un orden jerárquico. Sin embargo, si el incumplimiento que se evalúa está determinado como esencial en una cláusula resolutoria, ella debe tener aplicación preferente desplazando a los otros criterios, o más bien, los hace innecesarios, en tanto que, en virtud de la autonomía de la voluntad y del principio de normatividad, los contratos son ley para las partes (artículo 1602 C.C.), por lo que estas y el juez se encuentran sujetos al respeto y aplicación de la referida cláusula.

No existiendo cláusula resolutoria, el juez deberá evaluar razonablemente la gravedad del incumplimiento utilizando los otros criterios que se desprenden de las normas legales y que seguidamente exponremos, adelantando que será un juicio que necesariamente variará en cada caso, puesto que tal como lo sostienen Vidal (2009, p.240) y Mejías (2011, p. 206), en cada contrato el propósito práctico que tuvieron las partes para su celebración es diferente, todo contrato tiene su propio contenido económico. Por eso “sostener que una clase de incumplimiento es grave para todos los casos y en todas las hipótesis no sería más que un sinsentido” Mantilla & Terner (2005, p.55).

Por supuesto en dicho ejercicio el juez se encontrará limitado no solo por su deber de emitir una decisión razonable, coherente y con base en las reglas de la sana crítica, sino porque también la decisión debe estar conforme a derecho ¿A cuál derecho nos referimos? A los criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento que se desprenden de las normas legales colombianas, a los que a continuación me referiré.

3.3.1.1 Incumplimiento esencial por voluntad de las partes.

Este criterio se explica porque las partes han decidido, en virtud de la autonomía de la voluntad, calificar por convenio contractual la gravedad del incumplimiento; lo que se puede dar de tres formas: 1) Explícitamente se califica determinado incumplimiento como grave; 2) Explícitamente se eleva determinada obligación a la calidad de esencial dentro del contrato; 3) Implícitamente, de la conducta de las partes, se concluye que ambas tenían conocimiento que determinada prestación era esencial dentro del contrato.

Aquí las partes son las que determinan la esencialidad del incumplimiento, independientemente, en principio, de la importancia objetiva del incumplimiento y su impacto en el interés del acreedor. Por ello, en virtud del principio de normatividad del contrato (1602 C.C.), al juez y a las partes les está vedado, de nuevo en principio, discutir

dicha calificación. Se resalta la relevancia de este criterio, no solo porque evita el examen de la gravedad del incumplimiento en sentido estricto, sino porque además reduce la discrecionalidad judicial y maximiza la seguridad jurídica.

Ahora, la posibilidad de calificar la gravedad del incumplimiento por las partes ha llevado a que se generalice la inclusión de cláusulas resolutorias como una práctica recurrente en la contratación privada. Esto ha desencadenado en abuso en el ejercicio de la facultad dispositiva, en tanto se incluyen como graves incumplimientos irrisorios, y además porque se han convertido en cláusulas de estilo en que las partes simplemente incorporan una disposición en que se especifica que cualquier incumplimiento del contrato se considerará grave y dará lugar a la resolución.

A partir de allí, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado dos límites para la inclusión en el contrato de cláusulas resolutorias en las que las partes califican la gravedad del incumplimiento: 1) La cualificación de un incumplimiento u obligación como esencial debe estar individualizada, de tal manera que deben señalarse en forma precisa cuáles son aquellos incumplimientos que tienen el carácter de graves o las obligaciones que tienen carácter esencial para el contrato. No puede incluirse simplemente una cláusula de estilo referida a todas las obligaciones, diciendo que el incumplimiento de cualquier obligación se entenderá como grave; 2) La cualificación del incumplimiento como esencial no puede ser abusiva, esto es, no es posible cualificar incumplimientos completamente irrisorios como graves.

De La Maza & Vidal (2019, p. 267) y Mejías (2011, p. 221) se pronuncian en contra de la posibilidad de examinar la gravedad del incumplimiento si la cláusula resolutoria se refirió a una obligación y a su incumplimiento de forma específica, individualizándolos perfectamente, no pudiendo el juez entrar a determinar si este fue grave o irrelevante. En sentido contrario se pronuncian Álvarez (2009, p. 151) y Meoro (1998, p. 419). Nosotros nos alineamos con estos últimos, pues como señala Velásquez (2010, p. 14) la obligación tiene unos límites de carácter ético, siendo uno de ellos la razonabilidad. Este criterio de razonabilidad, por demás, es fundamental y nuclear en la ley 518 de 1999 (CISG).

Los dos límites enunciados se fundamentan en el principio de buena fe objetiva, artículos 1603 C.C. y 871 C. CO., porque si no, se estaría permitiendo que por vía de una cláusula contractual se establezcan como graves incumplimientos irrisorios y sin ninguna incidencia práctica negativa en el interés del acreedor. La buena fe objetiva es un principio normativo de carácter imperativo. Configuraría además un abuso del derecho y una derogatoria de la fuerza normativa del contrato (artículo 1602 C.C.). Como señala Velásquez (2010) “en un contrato no sería eficaz una cláusula que calificara cualquier incumplimiento, por nimio que sea, como grave. Objetivamente debe deducirse la gravedad como razonable teniendo en cuenta los intereses plasmados en el acuerdo” (p.253). En conclusión: sí se puede determinar la gravedad del incumplimiento en el pacto negocial, pero debe ser razonable y no contrariar la buena fe ni alegarse de forma abusiva. No hay cláusula contractual alguna que pueda sustraerse del examen de validez por parte del juez.

¿Para qué sirve entonces pactar sobre la gravedad del incumplimiento si aun en estos casos el juez puede eventualmente evaluar la validez de dicha cláusula y finalmente terminar examinando discrecionalmente si el incumplimiento fue grave o no? En nuestra opinión la utilidad se manifiesta, desde cierta óptica, en el ámbito de la carga de la prueba. Si no hay cláusula resolutoria, al acreedor demandante se verá avocado a probar la gravedad del incumplimiento (artículo 167 del Código General del Proceso), esto es, los presupuestos en los que basa su pretensión; existiendo cláusula resolutoria el acreedor demandante deberá también probar la gravedad del incumplimiento, pero en esta ocasión, lo probará simplemente demostrando la existencia del pacto resolutorio, y en ese evento será el deudor demandado quien deberá probar que la cláusula no es aplicable por no ser razonable y contrariar la buena fe objetiva.

Ahora, frente a la existencia de este criterio para determinar la gravedad de un incumplimiento en Colombia, en nuestra opinión, con base en las explicaciones que ya hemos dado, basta la aplicación analógica de la Ley 518 de 1999. Sin embargo, más allá de la aplicación analógica, se encuentran suficientes normas legales, sentencias y doctrina colombiana que sirven de sustento para la configuración de este incumplimiento resolutorio.

En primer lugar, la factibilidad de incorporar cláusulas que califiquen la gravedad del incumplimiento se desprende de la autonomía negocial y la libertad de contratación, principios legales que se desprenden de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y del artículo 864 del Código de Comercio, elevados a rango constitucional en los artículos 16 y 333 de la Constitución Política Colombiana.

Luego, encontramos el artículo 1909 C.C., inciso tercero, que en nuestro entender faculta a las partes para graduar el grado de evicción que dará lugar a la restitución del precio. Por otro lado, los artículos 1616 y 1920 C.C. y 936 C.Com. que permiten al comprador y vendedor modificar convencionalmente el régimen de vicios redhibitorios, lo que implica que puedan graduar la gravedad de los defectos, determinando contractualmente cuáles darán lugar a la acción redhibitoria, cuáles a la rebaja del precio y aquellos que no serán considerados por las partes como redhibitorios dada su irrelevancia subjetiva para ellas.

También es una manifestación de este criterio, con base en lo que señala Mejías (2011, p. 215) y en relación con el pacto comisorio (regulado de los artículos 1935 a 1938 C.C.), la posibilidad de que las partes le incluyan o adicionen a ese pacto comisorio expreso, sea simple o calificado, una cláusula especificando los incumplimientos que darían lugar a la resolución del contrato.

En Colombia, nuestra doctrina y jurisprudencia se han referido en pluralidad de ocasiones a las cláusulas resolutorias expresas, pero por lo general lo han hecho exclusivamente aceptando la posibilidad de que el acreedor dé por terminado unilateralmente el contrato por incumplimiento del deudor y sin declaración judicial; sin que hayan profundizado sobre la viabilidad que tienen las partes de regular en esa misma cláusula, además de la facultad de terminación unilateral extrajudicial, el requisito de la

gravedad del incumplimiento. Así, la doctrina y jurisprudencia no tratan específicamente el tema de la posibilidad de regular la gravedad del incumplimiento al interior de cláusulas resolutorias; normalmente solo examinan las cláusulas resolutorias desde la perspectiva de la facultad del acreedor de terminar unilateralmente el contrato y sin necesidad de declaración judicial. Así se desprende de los laudos arbitrales del 31 de julio de 2003 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Radiotrónica S.A. vs Teleconsorcio S.A. y otros, y del 19 de agosto de 2005 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Preoleum Ltd.; también de la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 2001, M.P. William Namén Vargas; y de los doctrinantes Rengifo (2017, pp.130-136); Hinestrosa (2015, p. 970) y Navia (2008, pp. 56-66).

En todo caso, de forma excepcional la doctrina y la jurisprudencia colombianas sí se han pronunciado sobre la posibilidad de establecer la esencialidad del incumplimiento a través de una cláusula resolutoria: Polo (2019, p.39), Hinestrosa (2015, p.82), Velásquez (2010, p. 253) y Molina (2009, p. 96). En laudo del 22 de noviembre de 2005 de la Cámara de Comercio de Medellín, Inversiones Zapata Lotero y Cía. Ltda vs. Corantioquia, la determinación de la gravedad del incumplimiento se apoyó, entre otros argumentos, en el hecho de que las partes habían convenido que determinada obligación debía ser “especialmente” cumplida.

En el laudo arbitral del 14 de enero de 2011 de la Cámara de Comercio de Barranquilla, Ag Continental Litoral Caribe Limitada vs Constructora Rumie Limitada, el tribunal consideró que al existir una cláusula resolutoria que otorgaba la posibilidad de terminar el contrato unilateralmente frente al incumplimiento de una obligación específica, se entendía que por ello se había catalogado el incumplimiento como esencial. Posición que no compartimos, en tanto son dos cosas diferentes, aunque ambas pueden ser reguladas en una misma cláusula resolutoria expresa: una es la posibilidad de terminar unilateralmente ante el incumplimiento de una obligación y otra, distinta, calificar o no ese incumplimiento como grave.

3.3.1.2 El incumplimiento del contrato que cause al acreedor un perjuicio que lo prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que el deudor no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

La ley 518 de 1999 establece de forma expresa este criterio para determinar la esencialidad del incumplimiento, por lo tanto, como ya lo hemos mencionado en repetidas ocasiones, es pauta aplicable en Colombia para cualquier contrato, porque por vía analógica es legítimo y válido integrar los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. utilizando la mencionada ley.

Este criterio lo hemos llamado material, porque es donde se examina la gravedad del incumplimiento en sentido estricto, esto es, se determina el impacto que tuvo el incumplimiento en el interés contractual del acreedor. Examen que se hará necesario

ante la ausencia de una cláusula resolutoria que gradué la gravedad del incumplimiento presentado. Entonces, habrá lugar a la resolución solo si dicha infracción contractual afecta de forma importante el interés del acreedor y lo priva sustancialmente de aquello que pretendía obtener en virtud del contrato. Dice Mejías (2011, p. 225) que es una modalidad de incumplimiento resolutorio determinado por las consecuencias que produce el incumplimiento en el interés del acreedor (no determinado por la voluntad de las partes, que fue el que vimos anteriormente, ni determinado por la afectación de la confianza del acreedor, que veremos de forma posterior).

¿Cuándo entonces hay una afectación del interés del acreedor que lo prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato? Ya lo explicaremos, y lo haremos mediante la utilización del concepto de “propósito práctico”. He aquí la importancia del concepto de propósito práctico, propio de la corriente doctrinaria que pregonaba una noción realista del contrato. Dicha noción nos servirá, en nuestra opinión, para aterrizar el asunto, para suprimir la abstracción propia del concepto de “interés contractual”.

Habíamos mencionado que bajo la concepción realista del contrato, este se entiende como un instrumento organizador y regulador de los intereses de las partes con el fin de satisfacer dichos intereses. En virtud de esta concepción, se da un incumplimiento cuando hay cualquier desviación del programa contractual convenido que implique la insatisfacción del interés contractual del acreedor. ¿Y qué es interés contractual? Ello se entiende de mejor forma mediante el concepto del propósito o resultado práctico que las partes querían alcanzar con la celebración del negocio jurídico; propósito o resultado práctico que está estrechamente ligado con los móviles que tuvieron las partes para celebrar el negocio. Así las cosas, las partes celebran el contrato debido a unos móviles, algo que los motivó a vincularse contractualmente, y ese móvil o móviles son el resultado o propósito práctico que pretendían alcanzar. Es este propósito práctico, en palabras de Vidal (2009, p. 228), el que dibujará el interés contractual específico del acreedor que será objeto de protección o tutela por la ley (artículo 1602 C.C.).

Con base en lo anterior, puede decirse que, en virtud del criterio que estamos examinando que corresponde al artículo 25 de la CISG, se le ocasionará un perjuicio al acreedor que lo prive sustancialmente de aquello que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, cuando no se consiga el propósito o resultado práctico que las partes querían obtener en dicha contratación, lo que se averigua simplemente determinando cuáles fueron los móviles que los llevaron a contratar. ¿Buscando qué resultado práctico celebraron las partes ese negocio? Esa es la pregunta que se debe hacer y contestar. Luego, se determinará si el incumplimiento impidió sustancialmente la consecución de ese resultado práctico. Cuestión que si bien es cierto sigue sometida a la discrecionalidad razonable del intérprete, permite aterrizar o facilitar el entendimiento de la noción abstracta de interés contractual.

Este propósito práctico solo tendrá relevancia jurídica, solo será objeto de tutela o protección legal, en la medida que haya quedado incorporado explícita o implícitamente en el contrato, ello es, que ambas partes conozcan que ese es el propósito práctico que

se pretende alcanzar con la celebración del contrato. Resultado que de alcanzarse significará la satisfacción de lo que la doctrina llama de forma abstracta el “interés contractual”. El propósito práctico, como señala Mejías (2011, p. 229) no se refiere a simples deseos o aspiraciones que no fueron exteriorizadas y que quedaron en el fuero interno de las partes; tampoco basta su exteriorización y mero conocimiento por las partes, sino que deben haber quedado incorporados al contenido de las prestaciones que cada una de ellas asumieron. El juez, para determinar el resultado práctico que las partes pretendían alcanzar y su efectiva incorporación en el contenido del contrato deberá, en términos de Vidal (2010a, p. 210), crear la regla contractual, esto es, establecer a qué se obligaron las partes mediante la interpretación e integración de su voluntad declarada.

Corresponde posteriormente al juez determinar la incidencia negativa del impacto del incumplimiento en el propósito o resultado práctico que las partes pretendían alcanzar con la celebración del contrato, o lo que es lo mismo, establecer, como lo dice el artículo 25 CISG, si el incumplimiento le causó un perjuicio al acreedor que lo privó sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Y eso que esperaba obtener el acreedor no se puede referir a sus meros deseos o expectativas, como ya explicamos; pero sí puede referirse en cambio, como señalan Hinestroza (2015, p. 882 y 888) y Mejías (2011, p. 243), a beneficios no económicos, puesto que el interés contractual no siempre se reduce a meros beneficios económicos, aunque usualmente sea así.

Debe agregarse finalmente frente a este criterio, que además de exigirse el requisito del perjuicio que prive al acreedor de forma sustancial de aquello que pretendía obtener en virtud del contrato, es necesario que ese resultado le fuere previsible al deudor o que por lo menos una persona razonable en sus mismas circunstancias lo hubiera podido prever. Por esto es que es necesario, como señalan Hinestroza (2015, p. 879) y Villamil (2016, p. 51-52 y 94-95), que el propósito práctico quede incorporado explícita o implícitamente en el contenido del contrato, pues es la única forma en que el deudor lo puede conocer para que le sea exigible su observancia; y si bien el incumplimiento para efectos de la resolución no se basa en el reproche, solo su conocimiento puede garantizar la satisfacción de ese interés.

El ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a ese propósito práctico. Así, por ejemplo, existen diferentes normas en el contrato de arrendamiento que aluden al fin o resultado práctico que las partes se propusieron alcanzar en virtud del negocio jurídico. El artículo 1984 C.C. faculta al arrendatario a dar por terminado el contrato si la mora en la entrega de la cosa por parte del arrendador disminuye notablemente la utilidad del contrato si han cesado las circunstancias que motivaron al arrendatario a su celebración. El arrendatario podrá, en virtud de la obligación que tiene el arrendador de librarlo de turbaciones según el artículo 1986 C.C., resolver el contrato si las reparaciones recaen sobre tan gran parte de la cosa, que el resto no parezca suficiente para el objeto con que se tomó el contrato. En idéntico sentido el artículo 1988 C.C. cuando se trata de perturbaciones provenientes de terceros.

Especial relevancia tienen también las reglas sobre evicción y vicios redhibitorios en el contrato de compraventa. Recuérdese que precisamente una noción amplia del incumplimiento nos permite entender dichos eventos como incumplimientos contractuales, lo que nos autoriza acudir a dichas disposiciones para integrar los vacíos de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com., ya que unas y otras serían modalidades de incumplimientos asimilables. Tal como dice Mejías (2011, pp. 243-245), de los artículos 1909, 1911, 1915, 1917 y 1925 C.C. se infiere que el comprador solo podrá dejar sin efectos el contrato cuando la evicción o los vicios ocultos en la cosa sean de tal magnitud que de haberlos sabido no hubiera contratado, en la medida en que ellos le impiden obtener la utilidad pretendida según las cualidades que la cosa debía tener.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema no se ha quedado atrás:

En la sentencia del 11 de septiembre de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén, se dijo que el contrato no se puede resolver si el incumplimiento tiene muy escasa importancia en atención al interés de la contraparte. Además, en ese mismo litigio, el Tribunal Superior de Medellín en sede de segunda instancia, había dicho que de los artículos 1909, 1915, 1925 y 1928 C.C. se infiere que no hay lugar a la resolución si no han fracasado los móviles que llevaron a contratar.

En sentencia del 7 de marzo de 1997, M.P. José Fernando Ramírez, se dijo que no había lugar a la resolución en atención al irrelevante incumplimiento en atención al interés económico del contrato (criterio que fue reiterado en sentencia del 7 de noviembre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo). Luego, en la sentencia del 21 de septiembre de 1998, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, la Corte señaló que cuando la infracción del plazo pactado acarrea la decadencia del fin práctico perseguido por las partes, el cumplimiento retardado no puede enervar la acción de resolución. El 14 de enero de 2005, en providencia con ponencia de Edgardo Villamil Portilla, se dijo que solo hay lugar a la resolución cuando un incumplimiento con la suficiente: "...intensidad hace que la cosa sea absolutamente impropia para los fines del contrato, según la naturaleza de la cosa o lo que resulte de la definición convencional". En sentencia del 4 de agosto de 2009, con ponencia del mismo magistrado, se dijo que los vicios ocultos habían llevado al aniquilamiento del contrato en la medida en que "las propiedades naturales del objeto no lo hacían apto para los propósitos que fueron determinantes del contrato...los compradores esperan de los bienes adquiridos un determinado nivel de satisfacción que induce a la celebración del contrato".

En sentencia de diciembre 18 de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, la Corte señaló que para una pequeña tardanza en el pago de una parte igualmente pequeña del precio "...no se estipuló un plazo que se pueda considerar esencial, y no se advierte, ciertamente, que la citada tardanza hubiera desquiciado seriamente la economía del negocio celebrado o alterado el fin perseguido por las partes"; previamente ya había dicho la Corte en la misma providencia que el incumplimiento de un término esencial da lugar a la resolución por parte del acreedor cuando "...su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio".

También ha habido pronunciamiento de la justicia arbitral:

En la Cámara de Comercio de Bogotá se profirió laudo el 21 de abril de 2005, Philips Colombiana de Comercialización S.A. vs Cosmitet Limitada Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cía Ltda; en el cual se dijo que el incumplimiento será grave cuando afecte la finalidad del contrato e impida la obtención del resultado práctico esperado. En ese caso se consideró que en un contrato de compraventa en que se adquirieron tres equipos médicos, no se impidió conseguir el fin práctico pretendido en el contrato porque solo uno de esos equipos médicos presentara fallas ocasionales; además de ser un evento que se presentó mucho después del incumplimiento inicial del comprador.

En el laudo arbitral de agosto 19 de 2005 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd., se señaló que solo hay lugar a la resolución ante un incumplimiento que no permita obtener la función o finalidad que las partes se propusieron al celebrar el contrato. En este laudo se concluyó que la suministrada había incumplido pues no se trataba de un mero contrato de suministro, ya que aquella se había comprometido además a revender el crudo en ciertas proporciones para ganar un mercado a favor tanto de la suministrada como de la suministrante.

El laudo arbitral del 14 de enero de 2011 de la Cámara de Comercio de Barranquilla, Ag Continental Litoral Caribe Limitada vs Constructora Rumie Limitada, adoptó expresamente el concepto de propósito práctico propuesto por Álvaro Vidal Olivares (2009, p.246), al manifestar qué:

El artículo 1984 del Código Civil, sobre arrendamiento, permite armonizar la noción de incumplimiento esencial con la idea del propósito práctico o finalidad económica perseguidos por el acreedor insatisfecho, de forma que el problema de los incumplimientos resolutorios pasa a ser uno de determinación de la causa.

Este criterio ha sido reafirmado en los laudos de la Cámara de Comercio de Medellín del 22 de noviembre de 2005, Inversiones Zapata Lotero y Cía. Ltda vs. Corantioquia; del 11 de mayo de 2007, Tejar San José Limitada vs. Corantioquia; y del 17 de octubre de 2008, Fabiola Sáenz de Pérez vs. Leasing Bancolombia S.A. (los hechos del caso y la resolución de cada uno de estos procesos arbitrales fueron resumidos en el capítulo primero).

Finalmente, la doctrina colombiana también ha hecho referencia al propósito práctico como criterio para determinar la gravedad del incumplimiento. Para Velásquez (2010, pp. 254-255), dos criterios cualitativos para determinar la gravedad del incumplimiento son: los móviles expuestos en el contrato y los móviles deducidos de las circunstancias en que se celebró o de su ejecución. Luego de explicar su utilización, dice que estos criterios se desprenden de los artículos 1909, 1911, 1984 y 1988 del Código Civil; afirma que lo importante es establecer si hubo frustración del interés del acreedor, de la utilidad que

iba a obtener del contrato. Villamil (2016, p. 51) sostiene que la gravedad del incumplimiento presupone una afectación importante de las expectativas del acreedor, que deben estar presupuestas claramente en las cláusulas del contrato o desprenderse de la naturaleza de la prestación. Para Navia (2008, p. 66) solo hay lugar a la resolución si se trata de un incumplimiento importante que impida obtener la finalidad que se habían propuesto conseguir las partes o se desquicie la economía misma del contrato.

Tamayo (2004, pp. 222-223) también se refiere a la idea de propósito práctico, aunque desde la orilla contraria, puesto que sostiene que cualquier incumplimiento da lugar a la resolución por faltarle la causa y porque el contratante cumplido no habría contratado de haber conocido que le iban a cumplir parcialmente. Para Hinestrosa (2015) la resolución responde a una contradicción práctica "... entre el concepto (función social) del negocio celebrado y el estado de cosas a que se llega por renuencia de una de las partes o de ambas a ejecutar las prestaciones impuestas, o por obra del acaso" (p. 845).

Una vez explicado el criterio material para determinar la esencialidad del incumplimiento en Colombia, criterio objetivo que evalúa el impacto del incumplimiento en el interés contractual del acreedor (que se ve dibujado a través del concepto de propósito o resultado práctico), bien vale dedicarle algunas líneas a tres modalidades de este incumplimiento resolutorio, pues ya sea por su complejidad, especialidad y/o por ser objeto de extensos pronunciamientos por parte de la doctrina, adquieren particular relevancia.

3.3.1.2.1. Vicios ocultos (caso especial)

En la legislación colombiana existe una reglamentación especial en el contrato de compraventa para aquellos casos donde el vendedor entrega la cosa con vicios ocultos o redhibitorios (artículos 1915 y s.s. C.C. y artículos 1934 y s.s. C.Com.) Como señala Oviedo (2018a, p. 476), de ese régimen especial, específicamente del artículo 1880 C.C., se desprende expresamente que el vendedor tiene dos obligaciones diferentes: la de entrega y la de saneamiento, esta última referida para casos de vicios ocultos o de evicción de la cosa. Adicionalmente, la legislación consagra expresamente dos acciones para la protección del comprador cuando existen vicios ocultos: la redhibitoria y la de rebaja del precio.

Con base en lo anterior, la doctrina tradicionalmente ha concluido que el comprador no puede acudir a los remedios genéricos frente al incumplimiento, que por lo general son más amplios y con términos de prescripción más extensos, sino únicamente a los remedios especiales establecidos en el régimen especial por vicios ocultos. Frente a este panorama restrictivo, el nuevo derecho de la contratación ha respondido, como ya hemos explicado en varias ocasiones, con una noción amplia de incumplimiento (cuyo paradigma o modelo de inspiración fue el concepto de falta de conformidad incluido en la CISG), en virtud de la cual se entienden los vicios ocultos como un incumplimiento de la obligación de entrega, en tanto el vendedor asumió satisfacer el interés del comprador acreedor con la entrega de una cosa con las cualidades idealmente pactadas. Entendidos los vicios ocultos de esta forma, no hay obstáculo para que el comprador

acuda al sistema genérico de remedios. Esta noción no solo aporta soluciones más justas, sino que sistematiza, unifica y organiza el sistema de remedios (disperso en nuestro C.C.) a partir de una definición unitaria y aglutinadora del incumplimiento.

Por ello compartimos una noción amplia de incumplimiento, que además consideramos, y ya explicamos por qué, puede ser extraída de una relectura de las normas del Código Civil colombiano. Siendo ello así, en principio, el comprador podría acudir a todo el sistema de remedios generales en casos de vicios ocultos. Y de escoger el remedio de la acción de resolución se le podría aplicar el criterio que aquí estamos tratando: habría incumplimiento grave por vicios ocultos si ellos le ocasionan al comprador un perjuicio que lo prive sustancialmente de aquello que podía esperar en virtud del contrato. Se le aplicarían además todas las consideraciones que hicimos sobre el propósito práctico. Desde esta perspectiva, el examen de la gravedad del incumplimiento en eventos de vicios ocultos, aun con la discrecionalidad judicial al que se encuentra sujeto, tendría un criterio claramente identificable y de razonable aplicación.

Ahora, si bien compartimos la noción amplia de incumplimiento, porque como dice Oviedo (2015a, pp. 248 y 252) organiza, unifica y sistematiza adecuadamente el sistema de remedios en torno a una noción unificada de incumplimiento, y porque le permite al comprador acudir a remedios generales como la indemnización de perjuicios, reparación o sustitución, también creemos, como lo señala el mismo autor, que dicha noción es incompatible con la acción redhibitoria, por ser una acción especial y con requisitos propios, que un sistema legal especial vigente señaló para el comprador que quisiese dejar sin efecto el contrato frente a un evento de vicios ocultos. Ello quiere decir que el examen de la gravedad del incumplimiento en estos casos, no podremos hacerlo con base en los criterios generales para la acción de resolución genérica que aquí estamos exponiendo, sino con las normas especiales definidas por el legislador. Eventualidad que se complica si atendemos a la vigente y errónea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, que pasaremos a explicar.

La noción de incumplimiento en sentido amplio (que aquí adoptamos), cuando se va a aplicar específicamente a la acción de resolución en materia de vicios ocultos, choca no solo con la legislación especial colombiana sino con la jurisprudencia. En esta última, la Corte Suprema intentando interpretar el régimen de vicios ocultos para darle acceso al comprador a la acción de resolución genérica, creó una especie de examen de la gravedad de cuatro escalones. Esta línea comenzó con la sentencia del 14 de enero de 2005, M.P. Edgardo Villamil Portilla, y fue reiterada enfáticamente por la sentencia del 19 de octubre de 2019, M.P. William Namén Vargas.

El panorama antes de esta jurisprudencia de la Corte (que ya se explicará) igual era confuso. Se sabe que un requisito fundamental para que el vicio sea considerado como redhibitorio es su gravedad, la cual se entiende según Oviedo (2015a, p. 84) como aquel vicio que compromete la idoneidad del bien de forma de impedir o disminuir el uso natural o el pactado. Se tiene además que el artículo 1925 C.C. prescribe que si los vicios no son de la importancia que se expresa en el numeral 2º del artículo 1915 C.C., solo habrá lugar a la acción de rebaja del precio y no a la acción redhibitoria. Dicho numeral reza

que se verificará dicha gravedad si son vicios que impliquen que: "... la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio".

De lo anterior, como dice Oviedo (2015a, p. 84), se establecen dos grados de defectos según la gravedad: si el defecto compromete la idoneidad del bien de tal forma que impide o disminuye el uso natural o el pactado hasta el punto que el comprador de conocerlo no habría contratado o lo habría hecho a menor precio, entonces el vicio tiene la entidad suficiente para que el comprador pueda elegir entre la acción redhibitoria o la de rebaja del precio; pero si la afectación no llega hasta el punto de que el comprador de haberlo conocido no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera hecho a menor precio, entonces solo hay lugar a la acción de rebaja del precio (artículo 1925 C.C.); teniéndose también en cuenta como criterio graduador y diferenciador si el bien es reparable o no. Así las cosas, hasta ahora se evidencian dos escalones en la gravedad del incumplimiento. Sin embargo, hay un tercer escalón: los defectos que solo desagradan al comprador y no afectan el uso natural de la cosa no se consideran redhibitorios. Ya son tres escalones. Consideramos supremamente complejo racionalizar dichos escalones sobre la gravedad del defecto. Podrá ser abordable una comparación entre los extremos, pero no vemos parámetros razonablemente claros y objetivos para diferenciar el escalón intermedio (artículo 1925 C.C.) con los extremos.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia complicó aún más el asunto. Le agregé un nuevo escalón. Ya en los eventos de vicios redhibitorios tenemos cuatro escalones para evaluar la gravedad del defecto. La Corte, buscando otorgarle al comprador una salida para la utilización de la acción genérica de resolución, señaló que si el defecto es de tal magnitud que es asimilable a una falta de entrega de la cosa, en tanto se inutiliza la cosa de forma ostensible, entonces no se considerará redhibitorio sino como incumplimiento de la obligación de entrega, pudiéndose acceder a la acción genérica de resolución. Un primer problema de esta tesis es que choca con la clara literalidad de los artículos 1915 C.C. y 934 C.Com. que prescriben que es vicio redhibitorio aquel que impida que la cosa sirva para su uso natural. Y el segundo, para efectos de este trabajo, es que imposibilita en nuestra opinión una evaluación razonable de la gravedad del incumplimiento.

En conclusión, si bien la noción amplia del incumplimiento sería la solución no solo para permitirle al comprador acudir al sistema de remedios genérico, sino también para poder evaluar razonablemente la gravedad del incumplimiento a partir del artículo 25 CISG, ella choca, cuando de la acción de resolución se trata, con la acción redhibitoria que el legislador colombiano estableció para los casos de vicios ocultos (con su sistema de tres escalones para examinar la gravedad del defecto) y choca aún más frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (con su sistema de cuatro escalones).

3.3.1.2.2. El término esencial (caso especial)

El criterio que estamos examinando, referido a determinar la gravedad con base en el impacto del incumplimiento en el interés del acreedor, que será esencial si le causó un perjuicio que lo priva sustancialmente de aquello que esperaba obtener en virtud del contrato, es de manifiesta importancia en los eventos de término esencial. Dichos casos han sido examinados de una forma más detenida por parte de la doctrina, ya que la dinámica en que se desenvuelven hoy en días las relaciones económicas ha llevado a que el factor tiempo se constituya en un valor en sí mismo.

Para Álvarez (2009) el término esencial es aquel que se fija "...para el cumplimiento de la obligación que, bien por la naturaleza del contrato o por voluntad de las partes, se considera de tal importancia que la prestación ha de realizarse precisamente en tal plazo o nunca" (p.122).

El término esencial, según Infante (2008, p. 28), se diferencia de un término ordinario, o lo que es lo mismo, de una obligación sometida a plazo, en tanto en el primero un retraso supondrá de forma automática un incumplimiento definitivo y grave del contrato que le otorga al acreedor inmediatamente, en principio, el derecho a la resolución, lo que no ocurre en un plazo o término ordinario en los cuales, como hemos manifestado en este trabajo, el acreedor debe conceder un plazo suplementario y/o aceptar el pago extemporáneo por parte del deudor. El incumplimiento de un término ordinario también podría eventualmente dar lugar a la resolución, si este es de gravedad; pero si el acreedor no demuestra que se afectó de forma importante su interés, deberá aceptar el pago del deudor o conceder un plazo suplementario; en cambio la gravedad de la violación de un término esencial está ya implícita por la naturaleza del negocio o por la voluntad de las partes.

¿De qué depende que se considere un término como esencial u ordinario? Cada caso lo dirá, pues cada contrato tiene particularidades propias que pueden llevar a que el cumplimiento de la obligación en determinado periodo de tiempo sea más o menos importante. Sin embargo, coincide la doctrina que la esencialidad del término puede descubrirse bien sea de forma objetiva (el tiempo era determinante con base en la naturaleza del contrato) o de forma subjetiva (las partes convinieron contractualmente que el tiempo para la ejecución de determinada prestación era esencial).

Ahora, existe una similitud entre el plazo esencial determinado contractualmente por las partes y las cláusulas resolutorias expresas que hemos visto en apartes anteriores del presente trabajo, puesto que ambas son cláusulas que califican la esencialidad de la prestación y su incumplimiento. La doctrina señala (Álvarez, 2009, p. 126; Infante, 2008, p. 62 y Forno, 2001, p. 416-417) que la diferencia principal es que cuando se dan los presupuestos de la cláusula que regula el plazo esencial, se deja sin efectos el contrato automáticamente, en cambio la cláusula resolutoria expresa necesita una declaración del acreedor dirigida al deudor para efectos de la terminación. En Colombia, la resolución debe ser judicial, o al menos por declaración unilateral del acreedor con base en las cláusulas resolutorias que facultan la terminación unilateral del contrato, pero en todo

caso no opera automáticamente. Por lo anterior se debe concluir que en el derecho colombiano, el término esencial por convenio contractual es simplemente una modalidad de cláusula resolutoria expresa que regula la gravedad del incumplimiento con relación al tiempo o término para la ejecución de la prestación.

En Colombia, no existe propiamente una regulación del concepto de término esencial en el Código Civil o en el Código de Comercio. Sin embargo, como habíamos mencionado, la esencialidad del plazo puede definirse según la naturaleza del contrato o por voluntad de las partes. Frente al primero, encontramos un sustento en el derecho colombiano en el artículo 1603 C.C., que prescribe que los contratos obligan no solo a aquello que se expresa en ellos sino también a aquello que emana de la naturaleza de la obligación. Con relación al término esencial por pacto contractual, este es perfectamente válido en razón a las múltiples razones que ofrecimos cuando tratamos el tema de las cláusulas resolutorias, aclarando, además, como lo hemos reiterado, que cualquier cláusula contractual puede ser revisada en su contenido por el juez para verificar su validez y su conformidad con la buena fe, la equidad y el no abuso del derecho.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido en dos oportunidades de forma expresa al concepto de plazo o término esenciales. En sentencia del 21 de septiembre de 1998, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, en un contrato de promesa de compraventa, la entidad financiera que prometía comprar se obligó a tener previamente a la celebración del contrato de compraventa prometido, un permiso de la Superintendencia Bancaria para tal adquisición. Al cumplir con este permiso tardíamente, el promitente vendedor no acudió a la notaría para la celebración de la venta; pero luego, para el tiempo en que la promitente compradora pudo obtener el permiso, ya un tercero le había embargado el inmueble al promitente vendedor, poniéndolo en imposibilidad de cumplir. Para la Corte, la obligación en el contrato de promesa referida al tiempo de celebración del contrato prometido es un plazo que se considera esencial y de particular relevancia, mucho más si su incumplimiento frustra el interés del acreedor, como ocurrió en el presente caso, e imposibilita que el deudor pueda enervar la pretensión resolutoria proponiendo un pago tardío.

Posteriormente, en sentencia del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, se dijo con relación a la problemática del cumplimiento tardío, que solo hay lugar a la resolución cuando se trata de un plazo esencial, esto es, aquellos casos donde la tardanza genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes. La Corte concluyó en ese caso que no hubo gravedad en el incumplimiento puesto que el retardo de un mes en una de las cuotas en que se dividió el pago del precio en la compraventa, no implicó la violación de un plazo esencial, pues no se evidencia la frustración de ese fin práctico.

La Corte se ha referido en otras oportunidades al incumplimiento tardío de la prestación en eventos en que el plazo no se observa como esencial. Véase las sentencias del 11 de septiembre de 1984, M.P. Humberto Murcia Ballén; del 7 de marzo de 1997, M.P. José Fernando Ramírez Gómez y del 7 de noviembre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. De las referidas sentencias se extrae la regla de que cuando el plazo

no es esencial y no se ha alcanzado a frustrar el interés porque el incumplimiento no fue importante, el deudor siempre podrá ofrecer un pago extemporáneo y el acreedor deberá adoptar una posición no abusiva y de buena fe frente a tal ofrecimiento, que de ser razonable y al no haberse frustrado el interés, lo deberá recibir. La doctrina colombiana está acorde con tal posición: Hinestrosa (2015, p. 885) y Velásquez (2010, p. 228 y 280) así lo sostienen, pero aclaran que el pago solo podrá hacerse antes que el acreedor interponga la demanda de resolución.

3.3.1.2.3. Imposibilidad sobrevenida de la prestación (caso especial)

Una de las consecuencias de asumir una noción amplia y objetiva del incumplimiento es que cualquier desviación del programa contractual, independiente de su causa o de la imputabilidad, que implique la insatisfacción de los intereses del acreedor, se entenderá como incumplimiento contractual. De ello se sigue que cuando la prestación del deudor sobreviene en imposible por causa extraña, y por ende no se puede ejecutar, ello implicará la insatisfacción del interés del acreedor y se entenderá como incumplimiento. Esto quiere decir que la acción de resolución procederá, siempre y cuando dicho incumplimiento sea esencial, esto es, que le haya ocasionado un perjuicio al acreedor que lo prive sustancialmente de aquello que esperaba obtener en virtud del contrato.

En el derecho colombiano ha sido prácticamente unánime la exigencia de la imputabilidad del incumplimiento como presupuesto de la acción de resolución. Ello se debe, en parte, al entendimiento del contrato como un instrumento generador de obligaciones o deberes de prestación, por lo que se asocia el incumplimiento con una transgresión de un deber que debe ser objeto de reproche. Desde una perspectiva realista del contrato, por el contrario, se entiende este como instrumento de satisfacción de intereses y el incumplimiento carece de una valoración a priori, simplemente habrá incumplimiento cuando no hay satisfacción de ese interés.

La culpabilidad es un requisito de la indemnización de perjuicios, más no de la resolución. Tampoco lo exige el artículo 1546 C.C. Ya se ha dicho con razón que “no se resuelven las obligaciones porque los incumplimientos hayan sido culpables. Se resuelven porque (y cuando) la resolución es un remedio perfectamente razonable (o, incluso, necesario) frente al incumplimiento” Díez-Picazo (2005, p. 15).

El incumplimiento por imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña es un incumplimiento como cualquier otro desde la perspectiva del interés del acreedor: no se ejecutó la prestación, no se satisfizo su interés. Tiene por lo tanto la acción de resolución para desvincularse de un contrato que ya no le reporta ninguna utilidad. Es una conclusión pacífica en el nuevo derecho de la contratación que, además, se encuentra incorporada en todos los instrumentos del derecho contractual uniforme. En Colombia, como decíamos, la solución por vía jurisprudencial y doctrinaria ha sido diferente, aunque desde el punto de vista legal no haya norma que exija la culpabilidad para efectos de la resolución.

Cuando se da la imposibilidad sobrevenida de la prestación a cargo del deudor y por causa extraña en los contratos bilaterales, entran en juego una serie de normas del Código Civil tendientes a establecer lo que ocurre con la obligación del deudor y con la obligación del acreedor (quien a su vez adeuda algo, en tanto se trata de un contrato bilateral y ambos tienen la condición de acreedor y deudor simultáneamente). Los artículos 1729 y 1625 numeral 7º del Código Civil establecen que cuando la prestación de cuerpo cierto se vuelve imposible por causa extraña se extingue la obligación a cargo del deudor; solución que la doctrina extiende a los otros tipos de prestaciones, en tanto la imposibilidad material o jurídica de cumplir impide que subsista la obligación.

Ahora ¿qué ocurre con la contraprestación a cargo del acreedor si estamos en un contrato bilateral y la obligación inicial del deudor se extinguió por imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña? Debe concluirse que el riesgo corre a cargo del deudor, esto es, el acreedor no tiene que pagar la contraprestación debido al fundamento del contrato bilateral basado en la interdependencia de las obligaciones; además de ser una conclusión que se desprende del mero sentido común y de una noción básica de justicia y de equidad. Y aunque esta es la regla aplicable a los contratos bilaterales, la normatividad colombiana no establece para estos eventos qué ocurre con el contrato, no dice si continua vigente o si pierde toda su eficacia.

La doctrina chilena ha recurrido, en virtud de la noción amplia y objetiva del incumplimiento, a integrar ese vacío del Código Civil chileno, aceptando para la generalidad de los casos (en donde el riesgo lo corre el deudor) que el acreedor pueda lograr la extinción de su obligación y por ende del contrato mediante la interposición de la acción de resolución. Sin embargo, esta misma doctrina chilena reconoce un obstáculo excepcional e insalvable cuando se intente aplicar la solución referida sobre el régimen especial que trae el Código Civil de Bello cuando se trate de prestaciones de cuerpo cierto, pues en estas ante la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña, el riesgo lo corre el acreedor y deberá pagar la contraprestación (artículos 1607 y 1876 del Código Civil colombiano). Véase De la Maza & Vidal (2019, p. 149); Mejías (2011, pp. 234-237) y Vidal (2010b, p. 483).

Compartimos la solución chilena en cuanto a la procedencia de la acción de resolución en todos aquellos eventos en que la prestación se vuelve imposible por causa extraña y el riesgo es a cargo del deudor; solución que se desprende de la noción amplia y objetiva del incumplimiento que hemos adoptado. Sin embargo, nos apartamos en considerar a los artículos 1607 y 1876 C.C. como obstáculos insalvables. No son insalvables, porque, como ya veremos, sostenemos que toda imposibilidad sobrevenida de la prestación a cargo del deudor por causa extraña faculta al acreedor para interponer la acción de resolución, siempre y cuando dicho incumplimiento por imposibilidad sobrevenida haya sido grave.

El argumento para alejarnos de la doctrina chilena sobre los artículos 1607 y 1876 C.C. como obstáculo insalvable, es que nos acogemos al pensamiento de parte de la doctrina colombiana que considera el artículo 1607 inaplicable para contratos bilaterales, así como el artículo 1876 sobre compraventa.

El 1876 C.C., norma del régimen de la compraventa civil, no puede aplicarse, tal como lo señalan Velásquez (2010, p. 365) y Valencia (1974, p. 93). El primero de ellos dice que la norma es irrazonable, desproporcionada e injusta, por lo que puede ser inaplicable desde una perspectiva constitucional. El segundo señala que la norma debe reinterpretarse con base en el espíritu general de la legislación (artículo 32 C.C.). Ambos, fundan sus soluciones en que se trata de una norma en todo incoherente con el Código Civil y con las normas que regulan la compraventa civil. Se dice que Bello copió indebidamente una norma del Código Civil Francés, que contradice nuestra legislación, puesto que en Francia podría ser razonable afirmar que el riesgo lo corra el comprador luego de la venta (pues allá el dominio se adquiere con el mero título y tendría lógica que el dueño corra con el riesgo desde que sea dueño, es decir, con la mera venta), pero ello no es razonable en Colombia (aquí el dominio se adquiere no solo con el título sino que se requiere el modo, no sería justo que el comprador asuma el riesgo con la sola venta, sin haberse dado el modo y sin recibir la cosa, pues estaría asumiendo el riesgo de pérdida sin ser dueño y sin tener la cosa).

Por otro lado, Velásquez (2010, p. 363-364) y Ospina (1994, p. 584) sostienen que el artículo 1607 C.C. es inaplicable para los contratos bilaterales. Sus argumentos se refieren a la excepcionalidad de la norma (aplica solo a prestaciones de cuerpo cierto) que contrasta con una regla general que se puede evidenciar en varias normas del Código Civil sobre contratos bilaterales que establecen el riesgo de la pérdida de la cosa que se debe, por causa extraña, a cargo del deudor (excepto en la compraventa y permuta, que como ya se explicó son inaplicables). Pero primordialmente, el argumento es de principio, puesto que se "... ignora la verdadera naturaleza de los contratos bilaterales y que, en aras de una lógica más o menos discutible, sacrifica los dictados de la equidad que deben presidir toda construcción jurídica" (Ospina, 1994, p. 583).

Así las cosas, la imposibilidad sobrevenida de la prestación a cargo del deudor y por causa extraña constituye incumplimiento del contrato, en virtud de una noción amplia y objetiva del incumplimiento. Este solo dará lugar a la resolución si es grave, esto es, si le causa un perjuicio al acreedor que lo priva sustancialmente de aquello que esperaba obtener en virtud del contrato; criterio que ya hemos explicado.

En Colombia, parece ser que solo Fernando Hinestrosa ha sostenido la admisibilidad de la acción de resolución frente a la imposibilidad sobrevenida de la prestación a cargo del deudor por causa extraña. Valga resaltar además estas palabras de Hinestrosa (2015) en relación con la acción de resolución:

Pese a su calificación habitual como sanción, lo cierto es que la resolución es un instrumento neutro, enderezado a solucionar un obstáculo insalvable surgido en el desenvolvimiento propio del contrato, con efecto liberatorio y restaurador: cancela las obligaciones pendientes y mueve a las restituciones anejas al restablecimiento del equilibrio económico alterado. Otra cosa es el resarcimiento del daño injusto eventualmente sufrido por quien la impetra.... (p.867).

3.3.1.3 Incumplimientos dolosos, gravemente culposos o el comportamiento reticente del deudor que afectan gravemente la confianza del acreedor.

Aquí de nuevo, y ante los vacíos de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com., consideramos perfectamente viable aplicar analógicamente la ley 518 de 1999 (CISG), que como concluimos en apartes anteriores, luego de ser interpretada e integrada según sus disposiciones, establece como criterio para determinar la esencialidad del incumplimiento aquellos eventos en donde a pesar de que el incumplimiento no tenga la entidad suficiente para ser considerado esencial, adquiere tal categoría cuando afecta la confianza del acreedor a tal punto que no tenga razones para confiar en que el deudor cumplirá el contrato a futuro. No se examina en estricto sentido el impacto del incumplimiento en el interés contractual del acreedor, sino la conducta dolosa, gravemente culposa o reticente del deudor que afecta la confianza del acreedor.

Este es un criterio, a diferencia de los dos anteriores, de carácter subjetivo. No obstante que hemos dicho que la noción que adoptamos de incumplimiento es objetiva, con base en los instrumentos del derecho contractual uniforme, la conducta del deudor se considera relevante cuando implica una afectación importante de la confianza que el acreedor ha depositado en él. La conducta del deudor no es relevante para configurar el incumplimiento, pues este tiene un carácter exclusivamente objetivo, pero sí se considera relevante para imprimirle a tal incumplimiento el carácter de resolutorio.

Ahora, además de la ley 518 de 1999, que como hemos dicho resulta legítimo que integre por vía analógica los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com., haremos referencia a normas legales y sentencias de las que se desprende la validez de este incumplimiento resolutorio en el derecho colombiano.

En primer lugar, como siempre, debe citarse el principio antes que las reglas. Tal como dice Vidal (2009, p. 253), este criterio se desprende del principio de la buena fe objetiva, consagrado en el artículo 1603 C.C., puesto que ante una conducta rebelde del deudor frente al cumplimiento, en la que no demuestra intención de respetar y salvaguardar los intereses de su contraparte, mal haría el ordenamiento jurídico en amarrar al acreedor a un contrato en que claramente se sabe no va a ser cumplido por el deudor. El acreedor ha perdido por completo la confianza en el cumplimiento del deudor a raíz de su conducta.

Seguidamente, citemos el artículo 973 C.Com., norma del contrato de suministro que claramente es una manifestación del criterio aquí expuesto:

El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

Finalmente, en cuanto a normas legales se refiere, bien valga mencionar, como lo hace Mejías (2011, p. 266), el artículo 1997 C.C., que reza:

El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. Faltando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aún tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro.

Nótese que la norma no solo se refiere a la gravedad del deterioro, sino que este debe ser culpable, aludiendo claramente a la conducta del deudor que, junto con la gravedad del deterioro, permiten la resolución.

Tal criterio no ha sido ajeno a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, aunque no ha sido utilizado directamente para la solución del caso. La Corte se ha referido constantemente a la necesidad de valorar la conducta del deudor para efectos de la resolución, incluso fundamentando la acción de resolución en la afectación de la confianza del acreedor:

En providencia del 11 de septiembre de 1984, M.P. Humberto Murcía Ballén, se mencionaron algunos criterios para determinar la gravedad del incumplimiento, entre ellos uno referido a la conducta del deudor:

...la cuantía del incumplimiento parcial, la renuencia del acreedor a recibir el saldo, el propósito serio a pagarlo que el deudor tuvo siempre, el aquietamiento del acreedor a recibir pagos parciales por fuera del término estipulado y su exigencia de intereses por esa mora que el consintió.

En marzo 7 de 1997, con ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez, se dijo que la resolución encuentra un límite cuando:

El contrato ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del demandante, y no a raíz de la demanda...el cumplimiento parcial de una misma obligación o de varias escindibles, sumada a la intención de llevar a cabo las prestaciones aún pendientes, trasluce, a no dudarlo, una manifestación inequívoca de perseverar en todo lo pactado.

Dijo la Corte en sentencia del 21 de septiembre de 1998, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, qué:

... el desbordamiento no previsto ni querido del plazo puede truncar la obligación, o hacerla inútil o poco provechosa, o puede desembocar en un quebrantamiento del equilibrio prestacional, razón por la cual es preciso examinar en cada caso los efectos del retardo en la prestación y la actitud de los contratantes, particularmente la del deudor, a quien de ningún modo se le puede patrocinar que pague tardíamente para obtener provecho censurable...

Planteamiento reiterado en sentencia del 18 de diciembre de 2009, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, en la que además se dijo que el incumplimiento de una compradora había sido producto de una controversia razonable entre las partes sobre el alcance de la

obligación y no un resultado de la "...imposibilidad de cumplir o en su rebeldía frente al compromiso adquirido".

En sentencia del 14 diciembre 2001, Trujitrillas. vs. Seguros La Andina, radicado 6230, M. P. Jaramillo Jaramillo, consideró a la acción de resolución como:

...el remedio o secuela iuris que contempla la ley para los eventos en que se ha resquebrajado la confianza contractual -entre otros móviles igualmente válidos-, por la específica desatención -o incumplimiento- en cabeza de una de las partes de su deber de prestación, efecto, ello es capital, que constituye -por regla- un derecho de la parte cumplida, quien tiene la facultad de optar por la terminación del contrato o por la efectividad de la obligación insatisfecha (arts. 1546 C.C. y 870 C. de Co.).

En sentencia del 7 de noviembre de 2003, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, señaló la Corte que no hay lugar a aniquilamiento del contrato cuando: "...este ha sido parcialmente cumplido y el demandado muestra su voluntad de satisfacer el interés del acreedor".

Parte de la doctrina colombiana ha sido más explícita al respecto.

Velásquez (2010, pp. 145 y 239), acepta la procedencia de la resolución cuando existe un temor fundado sobre el cumplimiento del deudor de la prestación, en aquellos casos en que el deudor muestra claramente que no cumplirá o cuando ocurran hechos de los que se pueda inferir que el deudor no cumplirá el contrato a futuro.

Se puede además extraer como principio, tal como lo sostiene Velásquez (2010, p. 242), que para la legislación colombiana no es irrelevante el temor fundado sobre el futuro incumplimiento del deudor. Y ello se puede afirmar porque existen una gran variedad de normas tendientes a la protección del crédito ante el temor fundado del acreedor sobre el incumplimiento del deudor. Normas que si bien es cierto no están todas referidas propiamente a la resolución, sí dan cuenta de la relevancia que le da al evento del temor fundado. Así, el artículo 2394 C.C. permite al acreedor resolver el contrato de renta vitalicia si el deudor no otorga garantías después del incumplimiento; el 2394 C.C. permite al fiador solicitar relevo de la fianza ante el temor fundado en el incumplimiento del deudor; el 1553 C.C. permite al acreedor acelerar el plazo si el deudor está en insolvencia o si por culpa del deudor se han desmejorado o extinguido las cauciones; los artículos 1882 y 1929 C.C. facultan al vendedor y al comprador respectivamente a no cumplir en caso de riesgo en el cumplimiento de la prestación por su contraparte.

Finalmente, Velásquez (2010, p. 242) considera que el comportamiento rebelde del deudor frente al pago puede también dar lugar a la resolución, como cuando manifiesta expresamente que no cumplirá, pudiéndolo hacer, lo que evidencia un comportamiento evidentemente doloso. Se considera que el deudor ha repudiado el contrato, se ha rebelado frente al cumplimiento, lo que implica una clara intencionalidad de causar daño; por lo cual no tendría sentido mantener vigente el contrato.

Para Hinestrosa (pp. 883-884), la intención y el comportamiento deliberado del deudor no son criterios irrelevantes para determinar la esencialidad del incumplimiento, de lo

que se sigue que hay lugar a la resolución si de los comportamientos, actitudes o dichos del deudor se puede concluir inequívocamente que no va a cumplir.

De lo anteriormente expuesto puede afirmarse que, independientemente de la aplicación analógica de la Ley 518 de 1999, que es nuestra primera posición, encontramos suficiente respaldo normativo, jurisprudencial y doctrinario en el derecho colombiano para derivar aquel criterio que considera esencial el incumplimiento que afecte la confianza del acreedor en el futuro incumplimiento del deudor, bien sea por incumplimientos dolosos, gravemente culposos o cuando su conducta sea reticente o rebelde frente al cumplimiento. No solo, como se vio, existen normas legales que permiten la resolución ante el temor fundado o la afectación de la confianza, sino que también existe otro grupo de normas que, sin referirse a la acción de resolución, tienden a proteger el crédito ante eventos de temor fundado.

Por su parte la jurisprudencia y la doctrina colombianas se han manifestado de forma positiva y en pluralidad de ocasiones con respecto a la procedencia de la acción de resolución ante comportamientos dolosos o reprochables en general, o comportamientos reticentes y rebeldes, que afectan la confianza o generan un temor fundado sobre el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor.

3.3.1.3.1. El plazo suplementario.

Finalmente, se encuentra el evento del plazo suplementario regulado tanto en la CISG como en todos los instrumentos del derecho contractual uniforme. El incumplimiento es esencial si, luego de la ocurrencia de un incumplimiento no esencial, el acreedor le otorga al deudor un plazo suplementario para cumplir, y el deudor no cumple o manifiesta que no va a cumplir dentro de ese plazo. Aquí, de nuevo, creemos que este es un criterio válido en el derecho colombiano debido a la aplicación analógica de la ley 518 de 1999, integrando con ellos los vacíos de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. Sin embargo, al igual que lo hicimos con los otros criterios, no nos conformaremos con una aplicación analógica de la CISG y buscaremos elementos adicionales de la normatividad legal colombiana que guarden correspondencia con el mencionado criterio.

Si hemos dicho que la esencialidad del incumplimiento es un requisito de la procedencia de la acción de resolución en el derecho colombiano, de ello se desprende, entre otros efectos, que la siguiente afirmación es verdadera: si el incumplimiento no es grave, y no lo es porque el acreedor todavía tiene un interés objetivo en obtener la prestación de su deudor, aquel está obligado a aceptar el cumplimiento tardío. Ahora, como dijimos hace un instante, ello es cierto siempre y cuando no se haya afectado la confianza del acreedor sobre el futuro cumplimiento del deudor. Pues bien, de esta serie de afirmaciones, se debe desprender, en sana lógica, que si se le otorga un plazo suplementario al deudor, razonable y más que suficiente para cumplir, y el deudor no lo hace en dicho plazo o manifiesta que no lo va a hacer, entonces ahí, en ese momento, se afecta gravemente la confianza del acreedor, generándole un temor fundado sobre el cumplimiento futuro del deudor, dándole a ese incumplimiento, que en principio no parecía objetivamente importante, el carácter de esencial.

Consideramos además que la figura del plazo suplementario guarda correspondencia lógica con la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha manifestado, por ejemplo, en las sentencias del 7 de marzo de 1997, del 21 de septiembre de 1998 y del 7 de noviembre de 2003, cuyos apartes ya transcribimos, que no hay lugar a la resolución si luego de un incumplimiento parcial, no esencial, el deudor mantiene su disposición y acciones tendientes al cumplimiento. Así las cosas, esta afirmación, reiterada por la Corte, se compone de dos elementos: incumplimiento parcial – no esencial- y voluntad manifiesta del deudor frente al cumplimiento. Se puede entonces inferir de allí que, si otorgado un plazo suplementario por el acreedor al deudor, razonable y suficiente para cumplir, y este no cumple o manifiesta no cumplir en tal término, desaparece el elemento de la voluntad manifiesta al cumplimiento, y por ende se configura el incumplimiento resolutorio.

Por último, valga resaltar que en los últimos años, a raíz de la aceptación por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia de la figura de la terminación unilateral del contrato en razón de una cláusula resolutoria (que en nuestra opinión es una variante de la acción de resolución aunque comparten la misma naturaleza), se ha insistido que para que una terminación unilateral sea correcta, es necesario otorgarle un preaviso razonable al deudor con el fin de que se ajuste al cumplimiento. Así se puede constatar en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 2011, M.P. William Namén Vargas; en el laudo arbitral de agosto 19 de 2005 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Terpel de la Sabana S.A. vs. Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd; en el laudo arbitral del 27 de agosto de 2013 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Pert D.P.M S.A. vs Wood Group PSN Colombia S.A. En igual sentido Hinestrosa (2015, pp. 968-969).

Los artículos 972 y 973 del Código de Comercio guardan consonancia con el criterio aquí referido, puesto que no permiten la terminación del contrato de suministro si el suministrante no le da un preaviso al suministrado. Por su parte, Velásquez (2010, p. 254), desde similar perspectiva, aunque viéndolo desde la otra cara de la moneda, dice que reiterados incumplimientos leves pueden configurar un incumplimiento resolutorio.

3.3.2. Criterios formales auxiliares para determinar la esencialidad del incumplimiento.

Consideramos que el criterio material para determinar la esencialidad del incumplimiento en sentido estricto (artículo 25 CISG), y que hemos dicho se explica de mejor forma a través de la noción realista del contrato y del concepto de propósito práctico, ha sido identificado de forma recurrente por la jurisprudencia y doctrina colombianas. Hemos dicho que en todo caso el criterio está sujeto a la discrecionalidad razonable del juez, con base en la cual se interpretará e integrará la voluntad de las partes para extraer el propósito práctico que fue incorporado al contrato y así poder determinar el impacto del incumplimiento en su consecución.

Pues bien, esa tarea interpretativa e integradora puede dificultarse en casos específicos, impidiendo obtener con claridad el propósito práctico que las partes incorporaron al contrato. En esos eventos, consideramos que puede recurrirse de forma auxiliar y subsidiaria a ciertos criterios que la jurisprudencia y doctrina colombianas han tenido en cuenta, como los son el criterio cuantitativo y el criterio diferenciador entre obligaciones

esenciales y accesorias. Aclaramos en todo caso, atendiendo a las críticas que hicimos a estos dos criterios en el capítulo primero, que ellos deben utilizarse de forma auxiliar y subsidiaria, ya que ninguno de los dos permite por sí solo, en la mayoría de los casos, dar cuenta de la esencialidad del incumplimiento.

3.3.2.1. Criterio cuantitativo

De los artículos 1888 y 1948 del Código Civil y del artículo 962 del Código de Comercio (ya explicado su contenido en el capítulo primero), se desprende un parámetro evaluativo del 10% aproximadamente. Esto es, a partir de que el desajuste empiece a superar un porcentaje del 10% se podría ya estar configurando un incumplimiento proporcionalmente importante frente al interés económico del acreedor. Sigue siendo en todo caso un criterio precario por sí solo, además del hecho de que los intereses contractuales tutelables, como hemos visto, no son siempre de naturaleza económica per se. Tal como dice Velásquez (2010, p. 255):

...el criterio cuantitativo no determina por sí sólo la gravedad del incumplimiento, sino que ha de conjugarse con los criterios cualitativos para darle una solución justa al caso... lo que es importante determinar a efectos de la resolución es si hubo o no una real frustración del interés del demandante, de la utilidad que iba a obtener.

A pesar de todo, no sobra que el juzgador tenga en la mente este criterio evaluativo de justicia del Código Civil y del Código de Comercio.

3.3.2.2. Obligaciones esenciales y obligaciones accesorias

También hemos dicho que la distinción entre obligaciones esenciales y accesorias no es un criterio suficiente. Claro que este criterio y su consiguiente crítica depende de lo que se entienda por obligación principal o esencial.

Al respecto valga citar a Álvarez (2009), que de forma acertada considera que estas son las preguntas relevantes por hacer:

1.o La determinación del carácter principal o accesorio de una obligación ¿es cosa que viene impuesta con carácter general para cada tipo de contrato por su estructura y fines jurídico-económicos?, o por el contrario ¿ha de realizarse para cada caso concreto de contrato, de acuerdo con las circunstancias y especialmente siguiendo la voluntad de las partes? 2.o En este último supuesto, la determinación del carácter principal o accesorio de una obligación ¿es cuestión de hecho o de derecho? 3.o ¿Es causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones accesorias existentes en un contrato bilateral? (p.147)

Si se adopta la idea de que el carácter principal o esencial de una obligación es una cuestión de hecho y que depende del contrato celebrado según las circunstancias y la

voluntad de las partes, entonces no hay nada para criticar, pues en el fondo se está haciendo alusión al propósito práctico que aquí hemos sostenido que se debe identificar para luego establecer el impacto del incumplimiento en la consecución de ese resultado práctico.

Si en cambio, se adopta la idea de que el carácter principal o esencial de una obligación es cuestión de derecho que viene impuesta de forma general y abstracta para cada tipología de contrato, identificando estas obligaciones con aquellas que son de la esencia para la existencia del negocio jurídico y que configuran su típica reciprocidad causal (artículo 1501 C.C.), entonces aquí sí adquiere vigencia nuestra crítica sobre la inconveniencia de considerar únicamente graves los incumplimientos de estas obligaciones esenciales, pues como bien señala Mejías (2018, pp. 42-43), dos reparos se le pueden hacer a esa idea: 1) Ignora que el propósito práctico muchas veces está configurado o complementado en cláusulas completamente accesorias (véase un pequeño ejemplo de ello en la sentencia de la Corte Suprema del 18 de enero de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, resumida en el capítulo primero); 2) Porque nos dice esa postura que solo el incumplimiento de las obligaciones principales o esenciales dan lugar a la resolución, pero ello no resuelve mucho el asunto, pues precisamente una de las problemáticas es cómo determinar la gravedad que debe tener el incumplimiento de esa obligación esencial para dar vía libre a la resolución.

Este criterio entonces, visto así, no es suficiente por sí solo para determinar la esencialidad del incumplimiento. Sin embargo, sí puede ser criterio auxiliar, residual o subsidiario, cuando haya fracasado o se vuelva dificultoso para el juez la determinación del propósito práctico de las partes mediante la interpretación e integración de su voluntad; y puede ser criterio auxiliar porque sí resulta indiscutible que las obligaciones principales o esenciales, incluso así entendidas, siempre participarán de alguna forma en la configuración del propósito práctico. No tendría sentido afirmar, por ejemplo frente a una compraventa, que el comprador no tiene interés en adquirir la tenencia y el dominio del bien o que al vendedor no le importa recibir el dinero; no tiene sentido afirmar frente a un arrendamiento que al arrendador no le importa que le paguen el canon periódicamente o que al arrendatario no le importe que el inmueble fuese puesto a su libre disposición para el uso y goce. Entonces, ante la imposibilidad de determinar claramente el propósito práctico incorporado por las partes al contrato, el juez bien podrá tomar su decisión atendiendo a si las obligaciones principales o esenciales típicas de cada figura contractual fueron o no sustancialmente incumplidas.

CONCLUSIONES.

Frente al capítulo I.

- El incumplimiento esencial es un requisito de la acción genérica de resolución en el derecho colombiano. Si bien existe un vacío en la literalidad de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com., si se examina todo el ordenamiento jurídico: principios constitucionales, principios generales del derecho, el tratamiento que se le da al tema en los contratos administrativos y laborales, las normas del Código Civil y del Código de Comercio, la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, los laudos arbitrales y la doctrina colombiana; se puede concluir en sana lógica que el único incumplimiento que puede dar lugar a la prosperidad de la acción de resolución, es el incumplimiento esencial o resolutorio. De esa pluralidad de normas y sentencias se puede extraer una regla general (el incumplimiento esencial como presupuesto de la acción de resolución) y por analogía *iuris* integrarlo a los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. El incumplimiento esencial es un principio que informa no solo al derecho privado sino a todo el sistema jurídico.

- Definir qué es un incumplimiento esencial o resolutorio parte de reconocer la misma problemática en la literalidad de los artículos 1564 C.C. y 870 C.C., pues no se señalan criterios para definir la esencialidad del incumplimiento. Sin embargo, pueden reconocerse ciertos criterios que han venido desarrollando la doctrina y la jurisprudencia colombianas: un criterio conceptual diferenciador entre obligaciones esenciales y accesorias; un criterio formal cuantitativo y un criterio material bajo el cual se analiza el impacto del incumplimiento en el interés contractual del acreedor.

- Estos criterios para determinar la esencialidad adolecen de varios defectos. Unos generales: - Falta de unificación y sistematización, normalmente cada sentencia, laudo o doctrinante propone el que considera acertado o conveniente; - Son incompletos, al compararse con la regulación propia de los Instrumentos del Derecho Contractual Uniforme; no se aborda por la generalidad de la dogmática criterios como las cláusulas resolutorias expresas o el incumplimiento esencial por afectación de la confianza en el acreedor; - Se citan criterios establecidos por la doctrina extranjera, sin tener en cuenta que ellos pueden extraerse de las mismas normas colombianas o, si se quiere ver por aparte, de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías; - Poca utilización de los instrumentos del derecho contractual uniforme; y en las escasas ocasiones en que se utilizan se hace a partir de la mera referencia, desconociendo su alcance en la interpretación e integración del derecho interno.

- También se identificaron falencias puntuales: - la diferenciación de obligaciones principales y accesorias no tiene en cuenta que en muchas ocasiones el motivo o propósito práctico que indujo al negocio se encuentra en pactos accesorios, además del hecho que este criterio no suministra parámetros para definir si esa obligación esencial se incumplió gravemente o no; - el criterio cuantitativo, utilizado sin soporte legal alguno, se presenta como completamente arbitrario; y - el criterio material, que examina el

impacto del incumplimiento en el interés del acreedor, que consideramos acertado, no ha sido desarrollado de tal forma que se suministren parámetros lógicos, claros y razonables para concluir si ese impacto fue esencial o sustancial; - Cuando se tratan los criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento en la acción de resolución genérica no se examina la aplicación de estos al régimen de vicios ocultos; - Finalmente, al asumirse una noción culpabilista del incumplimiento, no hay referencia alguna sobre la posibilidad de interponer la acción de resolución para eventos de inejecución de la prestación por imposibilidad sobrevenida a raíz de una causa extraña.

Frente al capítulo II.

- A raíz de las falencias en la construcción del concepto de incumplimiento esencial en el derecho local, nos dirigimos a examinar el tratamiento que se le ha dado al concepto en el nuevo derecho de la contratación; no sin antes explicar la naturaleza y ámbito de aplicación de los instrumentos del derecho contractual uniforme, y por qué razón se torna relevante y legítimo acudir a ellos. Se determinó que estos instrumentos como cuerpos normativos de carácter supranacional destinados principalmente, no únicamente, a reglamentar el contrato internacional, no solo consagran la figura del incumplimiento esencial explícitamente, sino que la desarrollan exhaustivamente. Examinamos los principales instrumentos de soft law como los PCCI, los PECL y los PLDC, pero adicionalmente examinamos a mayor profundidad la CISG, en tanto sus disposiciones fueron adoptadas en tratado internacional suscrito por Colombia y luego incorporadas a nuestro derecho interno a partir de la Ley 518 de 1999.

- De la literalidad de los instrumentos del derecho contractual uniforme, y de la interpretación que se hace de los mismos por la doctrina, se desprende una noción realista del contrato, en tanto este, más que entenderse como creador de vínculos obligacionales y deberes a cargo de las partes, es visto como un instrumento para la regulación y posterior satisfacción de intereses, en virtud del cual el deudor le garantiza al acreedor, en el programa contractual diseñado, unos estados de la realidad o cualidades ideales de la prestación necesarios para la satisfacción del interés del acreedor. El cumplimiento o incumplimiento del contrato es una simple cuestión de satisfacción o insatisfacción de esos intereses. Finalmente, el contenido del interés contractual tutelable se explica a su vez a través del concepto de “propósito práctico”, esto es, los móviles que llevaron a las partes a contratar, y que deberán ser atendidos por el deudor si son de su conocimiento en la medida en que hayan quedado incorporados explícita o implícitamente en el contrato.

De la noción realista del contrato, se desprende necesariamente una noción amplia y objetiva del incumplimiento. Cualquier desviación del programa contractual (amplitud del incumplimiento) que lleve a la insatisfacción del interés del acreedor, e independiente de su causa o de su imputabilidad (objetividad del incumplimiento), se considerará como un incumplimiento contractual.

De las muchas repercusiones que estas nociones tienen sobre el sistema de remedios y sobre la acción de resolución, resaltamos tres para efectos del tema de la esencialidad del incumplimiento: 1) La noción de propósito práctico nos permite aterrizar el concepto de interés contractual y despojarlo de su abstracción, clarificándonos que para determinar la gravedad del incumplimiento en sentido estricto, basta interpretar e integrar la voluntad de las partes para definir cuales fueron los móviles que los llevaron a contratar. Hecho esto, averiguados los móviles, se trata simplemente de verificar si el incumplimiento impidió de forma importante la consecución de ese resultado práctico que las partes pretendían obtener; 2) La noción amplia del incumplimiento nos permite, en teoría, tratar los eventos de vicios redhibitorios como incumplimientos, lo que le permite al acreedor acudir a la acción genérica de resolución, y si ello es así, podremos aplicarle a los vicios ocultos los criterios para determinar la gravedad del incumplimiento en una acción genérica de resolución; 3) La objetividad del incumplimiento nos permite entender los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa extraña como incumplimientos, que eventualmente facultarían al acreedor a resolver el contrato.

- De los instrumentos del derecho contractual uniforme, vistos en conjunto, se desprenden tres criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento: 1) Incumplimiento esencial por voluntad de las partes, ya que ellas mismas establecen que determinado incumplimiento es grave, o le otorgan a una obligación el carácter de esencial respecto al contrato, o del comportamiento de las partes se entiende que ambas aceptan que determinada prestación tiene el carácter de esencial; 2) Si de la voluntad de las partes no se desprende la esencialidad de un incumplimiento, se entenderá que este es esencial cuando le causa un perjuicio al acreedor que lo prive sustancialmente de aquello a lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando el deudor haya podido prever tal resultado o una persona razonable en las mismas condiciones del deudor lo hubiera podido prever; 3) Finalmente, serán esenciales aquellos incumplimientos que, sin ocasionar un impacto negativo importante en el interés del acreedor, le crean un temor fundado sobre el futuro cumplimiento del contrato por parte del deudor. Dos son los supuestos para que se genere esta desconfianza fundada: a) Incumplimientos dolosos, gravemente culposos o el comportamiento reticente por parte del deudor frente al cumplimiento; b) Cuando ante un incumplimiento no esencial el acreedor le otorga un plazo suplementario al deudor, y este último no cumple o manifiesta no cumplir en este plazo suplementario.

Frente al capítulo III.

- Los instrumentos del derecho contractual uniforme tienen dentro de sus objetivos y fines el servir de herramienta interpretativa e integrativa de normas internacionales y nacionales. Finalidad que la Corte Suprema de Justicia colombiana ha reconocido a la hora de interpretar e integrar preceptos legales internos. Ello lo consideramos una bondad, en tanto permite la modernización y armonización de nuestro derecho en relación con las tendencias, no dispersas y/o esporádicas, sino constantes, uniformes y ampliamente aceptadas a nivel internacional. Lo que a su vez ha repercutido a nivel local, en tanto ha llevado a reformas legislativas internas en Francia, Alemania, China,

Holanda, Argentina, entre otros, y a reformulaciones y relecturas del derecho interno en países como Chile y España; en este último está todavía pendiente la aprobación de un anteproyecto de reforma legislativa de todo su derecho obligacional y contractual. Los países del Common Law no se alejan de dicha tendencia, aunque aclarando que su necesidad de reforma es menor, en tanto en la redacción de los instrumentos del derecho contractual uniforme se impuso una visión más acorde con el Common Law. Por su parte, Colombia no debe quedarse atrás, lo que no es solo una afirmación política, sino que encuentra claro respaldo constitucional en los artículos 226 y 227 de la Constitución Política de 1991 que demandan la internacionalización e integración de las relaciones económicas, que a su vez presuponen las jurídicas.

- Los jueces colombianos, representantes de la rama judicial del poder público del Estado Colombiano, tienen el deber, por mandato constitucional, y ante la pasividad del legislador, de lograr esa compaginación. Para ello podrán acudir, como lo señala la Corte Suprema de Justicia, a instrumentos del derecho contractual uniforme para interpretar e integrar preceptos legales internos. Sin embargo, dicho proceso de adecuación adquiere mayor validez y legitimidad si puede realizarse a partir de argumentos intrasistemáticos y no meramente extrasistemáticos. Adquiere entonces relevancia la utilización de la herramienta de oro: la ley 518 de 1990 (CISG), norma de rango legal que, como cualquier otra, es susceptible de aplicación analógica. Esta ley colombiana permite además, desde su literalidad, acudir a otros instrumentos del derecho contractual uniforme para ser interpretada e integrada.

- Una vez interpretamos e integramos el concepto de incumplimiento esencial en la ley 518 de 1999, la aplicamos analógicamente para superar los vacíos normativos de los artículos 1546 C.C. y 870 C.Com. en relación con los criterios para determinar la esencialidad del incumplimiento en el derecho colombiano. El resultado fue la confirmación de aquellos criterios que se desprenden del derecho contractual uniforme y que establecimos en el capítulo segundo. Sin embargo, cada uno de estos criterios fue soportado además por normas legales colombianas, por sentencias de la Corte Suprema de Justicia y por doctrina colombiana.

- Asumimos además una noción realista del contrato y una noción amplia y objetiva del incumplimiento. Llegamos a ellas no solo en virtud de la ley 518 de 1999, sino mediante una relectura de las normas del Código Civil. Estas nociones nos sirvieron particularmente en este trabajo (pues sus beneficios realmente irradian todo el sistema de remedios), no solo para explicar de una forma menos abstracta el examen de la esencialidad del incumplimiento, sino que nos permitieron cuestionar las soluciones tradicionales que le ha dado el derecho colombiano a temas tan sensibles como los vicios redhibitorios o la procedencia de la acción de resolución frente a la imposibilidad sobrevenida de la prestación del deudor por causa extraña. Frente a lo primero concluimos que existe un sistema legal, especial y vigente, que no puede desconocerse; frente a lo segundo, señalamos que la noción objetiva del incumplimiento nos permite concluir que en Colombia es perfectamente viable la interposición de la acción resolutoria para incumplimientos no imputables al deudor.

REFERENCIAS.

- Albiez Dohrmann, K.J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB. *Anuario de derecho civil*, (3), 1133-1228. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2002-30113301228
- Álvarez Vigaray, R. (2009). *La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento*. Granada, España: Editorial Comares.
- Arrubla Paucar, J.A. (2012). *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Arrubla Paucar, J.A. (2015). *Contratos mercantiles. Contratos típicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Cadavid Gaviria, L.D. (2000). *Derecho Civil. Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Mc Graw Hill.
- Cámara de Comercio de Barranquilla. Laudo arbitral del Centro de Conciliación y arbitraje. (Árbitro: Jesús Vall De Ruten Ruíz: Enero 14 de 2011).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Héctor J. Romero Díaz, Manuel Pretelt de la Vega y Camila de la Torre Blanche: Julio 31 de 2003).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Sergio Muñoz Laverde, María Patricia Silva Arango y Mauricio Alfredo Plazas Vega: Abril 21 de 2005).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Fernando Hinestrosa, Carlos Lleras de La Fuente y Felipe Navia Arroyo. Agosto 19 de 2005).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitro: Daniel Peña Valenzuela: Junio 29 de 2017).
- Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitro: Nicolás Gamboa Morales: Noviembre 22 de 2005).
- Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Javier Tamayo Jaramillo, Álvaro Isaza Upegüi y Francisco Javier Gil Gómez: Mayo 11 de 2007).

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Luis Fernando Uribe Restrepo, Álvaro Londoño Restrepo y Luis Gabriel Botero Peláez: Octubre 17 de 2008).

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitro: Nicolás Gamboa Morales: Enero 22 de 2009).

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. (Árbitros: Francisco Javier Gil Gómez, Daniel Alberto Gómez Silva y Octavio Lopera Vargas: Noviembre 20 de 2012).

Canosa Torrado, F. (1993). Resolución de contratos. 10 años de jurisprudencia Corte Suprema de Justicia 1982-1992. Bogotá, Colombia: Editorial Doctrina y Ley.

Canosa Torrado, F. (2005). La resolución de los contratos. Bogotá, Colombia: Ediciones doctrina y ley Ltda.

Cárdenas Mejía, J.P. (2007). La resolución por problemas de funcionamiento de la cosa en el derecho colombiano: el régimen interno -vicios ocultos y garantía mínima presunta- y el régimen de la compraventa internacional de mercaderías. En J. A. Gaitán Martínez & F. Mantilla Espinosa (Eds.). *La Terminación del contrato*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Clemente Meoro, M. (1998) *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 2509 (M.P. José Alejandro Bonivento Fernández: Febrero 16 de 1984).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 4739, 4642 y 5951 (M.P. Julio Cesar Uribe Acosta: Enero 31 de 1991).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número 73001-23-31-000-1997-05001-01 (15307) (M.P. Ramiro Saavedra Becerra: Septiembre 28 de 2006).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01 (24217) (M.P. Danilo Rojas Betancourth: Enero 30 de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697) (M.P. Enrique Gil Botero: Octubre 24 de octubre de 2013)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Radicación: 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705) (M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero: Junio 26 de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Radicación 25000-23-26-000-1995-01431-01 (21081) (M.P. Hernán Andrade Rincón: Abril 29 de 2015).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número 44001-23-31-000-2004-00405-01(34056) (M.P. Jaime Olga Mérida Valle de De la Hoz: Julio 1 de 2015).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número 25000-23-36.000-2013-00802-01 (53206) (M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: Octubre 23 de 2017).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-10969-01 (42171) (M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas: Julio 9 de 2018).

Corte Constitucional. Sentencia de Tutela No. 251 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia de Tutela No. 422 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad No. 530 de 1993. (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad No. 083 de 1995. (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad No. 529 de 2000. (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional. Sentencia de Tutela No. 222 de 2004. (M.P. Eduardo Montealegre Linnet).

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad No. 459 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad No. 284 de 2015 (M.P. Mauricio González Cuervo).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (M.P. Guillermo Ospina Fernández: Octubre 15 de 1968). Recuperado de:

<http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/1968/s044%20-%20octubre%2015.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 41001-3103-004-1996-09616-01 (M.P. Humberto Murcia Ballén: Septiembre 11 de 1984). Recuperado de: <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/1984/s023-septiembre%2011.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Número 113. (M.P. José Alejandro Bonivento Fernández: Marzo 15 de 1990). Recuperado de: <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/1990/s009%20-%20marzo%2015%20-%20s113.pdf>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (M.P. Eduardo García Sarmiento: Mayo 22 de 1991).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 4636 (M.P. José Fernando Ramírez Gómez: Marzo 7 de 1997). Recuperado de: <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/1997/s0001de1997.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 4844 (M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles: Septiembre 21 de 1998). Recuperado de: <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/1998/s-081-98.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 5319 (M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno: Marzo 7 de 2000). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2000/s-023-2000%20\[5319\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2000/s-023-2000%20[5319].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 6230 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo: diciembre 14 de 2001). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2001/s-248-2001%20\[6230\]%20y%20sv-2.htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2001/s-248-2001%20[6230]%20y%20sv-2.htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 7451 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo: octubre 22 de 2003). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2003/s-116-2003%20\[7451\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2003/s-116-2003%20[7451].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 7836 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo: noviembre 7 de 2003). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2003/s-128%20-%202003%20\[7386\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2003/s-128%20-%202003%20[7386].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 7524 (M.P. Edgardo Villamil Portilla: enero 14 de 2005). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2005/sc-005-2005%20\[7524\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2005/sc-005-2005%20[7524].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 11001 3103 020 1999 00173 01 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: enero 18 de 2007). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2005/sc-005-2005%20\[7524\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2005/sc-005-2005%20[7524].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 11001-31-03-009-1998-04690-01 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: junio 29 de 2007). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2007/sc-072-2007%20\[1100131030091998-04690-01\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2007/sc-072-2007%20[1100131030091998-04690-01].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 2001-06915-01 (M.P. William Namén Vargas: Febrero 7 de 2008). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2008/sc-007-2008%20\[2001-06915-01\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2008/sc-007-2008%20[2001-06915-01].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 11001-3103-009-2000-09578-01 (M.P. Edgardo Villamil Portilla: Agosto 4 de 2009). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2009/1100131030092000-09578-01%20\[04-08-2009\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2009/1100131030092000-09578-01%20[04-08-2009].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 05001-3103-009-2001-00263-01 (M.P. William Namén Vargas: Octubre 19 de 2009). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2009/050013103009-2001-00263-01\[19-10-2009\]a.v.6.htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2009/050013103009-2001-00263-01[19-10-2009]a.v.6.htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 41001-3103-004-1996-09616-01 (M.P. Arturo Solarte Rodríguez: Diciembre 18 de 2009). Recuperado de:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 11001-3103-008-1989-00042-01 (M.P. Arturo Solarte Rodríguez: Septiembre 16 de 2010). Recuperado de: <https://www.cisgspanish.com/jurisprudencia/colombia/corte-suprema-de-justicia-16-diciembre-2010/>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 11001-3103-012-1999-01957-01 (M.P. William Namén Vargas: Agosto 30 de 2011). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2011/william%20namen%20vargas/1100131030121999-01957-01%20\[30-08-2011\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2011/william%20namen%20vargas/1100131030121999-01957-01%20[30-08-2011].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. William Namén Vargas: Febrero 21 de 2012). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2012/william%20namen/1100131030402006-00537-01%20\[21-02-2012\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2012/william%20namen/1100131030402006-00537-01%20[21-02-2012].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 11001-3103-023-1997-04959-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez: Diciembre 16 de 2013). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2013/ariel%20salazar%20ramirez/s-%2016-12-2013%20\[1100131030231997-04959-01\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2013/ariel%20salazar%20ramirez/s-%2016-12-2013%20[1100131030231997-04959-01].htm)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente 11001-31-03-007-2007-00606-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez: Agosto 17 de 2016). Recuperado de [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2016/ariel%20salazar%20ramirez/sc11287-2016%20\[2007-00606-01\].htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2016/ariel%20salazar%20ramirez/sc11287-2016%20[2007-00606-01].htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC 1662-2019. Expediente No. 11001-31-03-031-1991-05099-01 (M.P. Álvaro Fernando García Restrepo: Julio 5 de 2019). Recuperado de: [http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2019/alvaro%20fernando%20garcia/sc1662-2019%20\(1991-05099-01\).htm](http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.eafit.edu.co/lexbase/jurisprudencia/corte%20suprema%20de%20justicia/sala%20civil%20y%20agraria/2019/alvaro%20fernando%20garcia/sc1662-2019%20(1991-05099-01).htm)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. SL 16298-2019. Radicación 55472 (M.P. Ana María Muñoz Segura: Septiembre 13 de 2017). Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0eKkvgiF6PEJ:legal.legis.com.co/document.legis/sentencia-sl16298-2017-55472-de-septiembre-13-de%3Fdocumento%3Djurcol%26contexto%3Djurcol_9dd201d0a4d54208bb32e154a5eb5b06%26vista%3DSTD-PC+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

De la Maza Gazmuri, I. & Vidal Olivares, A. (2017). El contenido: una primera aproximación. *En Los Principios Latinoamericanos de derecho de los contratos*,

50(1), 27-75. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44

De la Maza Gazmuri, I. & Vidal Olivares, A. (2019). La modernización del derecho de contratos. Bogotá, Colombia: Editorial Ibañez.

Díez Picazo, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*. Cizur menor, Navarra, España: Editorial Aranzadi.

Forno Florez, H. (2001). El plazo Esencial y la tutela resolutoria. En A. A. Alterini, J.L. de los Mozos & C.A. Soto (Eds.). *Contratación contemporánea, Contratos modernos, Derecho del consumidor*, Tomo II, (pp. 377-417). Bogotá, Colombia: Editorial Temis. Lima, Perú: Palestra Editores.

Franco Victoria, D. (2007). Integración de los contratos. En Universidad Externado de Colombia (Eds.) *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado.

Galiano Maritan. G. & González Milián D. (2012). La Integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. *Dikaion*, 21(2), 431-458. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a06.pdf>

Gómez Estrada, C. (1987). *De Los Principales Contratos Civiles*. Bogotá, Colombia: Pama Editores Ltda.

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las obligaciones II: De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico Vol. II*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Infante Ruíz, F.J. (2008). *Contrato y Término Esencial*. Madrid, España: Editorial La Ley.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). (2019). Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016. Bogotá, Colombia: Centro de Estudios de Derecho Comparado & Grupo Editorial Ibañez.

Labariega Villanueva, Pedro Alfonso (2006). Los principios del derecho europeo de los contratos y el favor contractus. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2348/21.pdf>

Koch, R. (2004). Commentary on whether the Unidroit principles of international commercial contracts may be used to interpret or supplement article 25 CISG. Recuperado de https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html#rk*

- Mantilla Espinosa, F. & Ternera Barrios F. (2005). La resolución de los contratos en el derecho colombiano. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 43-71. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370838862002.pdf>
- Martínez Cañellas, A. (2006). *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa de mercaderías* (tesis doctoral). Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, España.
- Mejías Alonzo, C. (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago de Chile, Chile. AbeledoPerrot, LegalPublishing Chile.
- Mejías Alonzo, C. (2018). *Resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos*. Santiago de Chile, Chile. Ediciones DER.
- Molina Morales, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado*, 17, 77–105. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/411>
- Monroy Cabra, M.G. (1973). *Introducción al derecho*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Morales Moreno, A.M. (2016). *Claves de la modernización del derecho de contratos*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez- Centro de Estudios de Derecho Comparado.
- Namén Baquero, J., & Martínez Granados, A.M. (2004). Disposiciones generales sobre la compraventa de mercaderías en la Convención de Viena: su estudio a la luz del derecho interno colombiano. *Revista e-Mercatoria*, 3(2), 1-37. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2111/1886>
- Neme Villareal, M.L. (2003). Venire contra factum proprium, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe. En Universidad Externado de Colombia (Eds.) *Estudios de derecho civil obligaciones y contratos*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado.
- Navia Arroyo, F. (2008). La terminación unilateral del contrato de derecho privado. *Revista de Derecho Privado*, 14, 35–68. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/549>
- Ospina Fernández G. & y Ospina Acosta E. (1994) *Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Oviedo Albán, J. & Posada Nuñez, L. & Liza Urbina Galiano (1999). La formación del contrato en los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales. Recuperado de: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban1.html#a>

- Oviedo Albán, J. (2009). Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena). *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* (14). 191-219. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n14/n14a08.pdf>
- Oviedo Albán, J. (2011). La convención sobre compraventa internacional de mercaderías. Antecedentes y desarrollos alternativos. Buenos Aires- Valparaíso- Montevideo-Bogotá: Instituto Latinoamericano de Derecho de los negocios. Recuperado de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf>
- Oviedo Albán, J. (2012). Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010. *Revista Iusta*, (36), pp. 49-60. Recuperado <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/758>
- Oviedo Albán, J. (2015a). *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*. Bogotá, Colombia: Universidad de La Sabana-Editorial Temis S.A.
- Oviedo Albán, J. (2015b). Los principios Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana del 21 de febrero de 2012. *Cuadernos de la maestría en derecho* (3), 7-22. Recuperado de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/434>
- Oviedo Albán, J. (2016). Los principios unidroit para los contratos internacionales. *Revista Dikanion-Lo Justo-*, 11, 95-125.
- Oviedo Albán, J. (2017). IV Congreso sobre derecho uniforme y derecho del comercio electrónico. Costa Rica: Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=nwRzoenMNUw&t=2443s>
- Oviedo Albán, J. (2018a). *Derecho Comercial. Estudios sobre fuentes, contratos, sociedades y mercado de valores*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez-Centro de Estudios de Derecho Comparado.
- Oviedo, Albán, J. (2018b). Vicios redhibitorios y la teoría del incumplimiento en sentido amplio. *Estudios de derecho de Contratos. En Homenaje a Antonio Manuel Morales*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.
- Oviedo Albán, J. (2019). La falta de conformidad como alternativa a las problemáticas de los vicios ocultos y una propuesta para el derecho colombiano. *Anuario de Derecho Privado*, 01, 109-151. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.15425/2017.195>

- Perales Viscasillas, M.P. (2001). El contrato de compraventa internacional de Mercancías (Convención de Viena 1980). Pace Law School Institute of International Commercial Law. Recuperado de <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>
- Polo Martínez, C. (2019). Incumplimiento esencial del contrato en la legislación civil y comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos. *Vis Iuris. Revista de derecho y ciencias sociales*, 6(11), 1-45. Recuperado de <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1270>
- Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rengifo García, E. (2017). *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*. Bogotá, Colombia: Legis.
- San Juan Crucelaegui, J. (2005). La interpretación e integración de las lagunas de la Convención de Viena de 1980: los principios en que se inspira y los principios "Unidroit". *Estudios de Deusto*, 53 (1), 111-161. Recuperado de <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/451/613>
- San Miguel Pradera, L. P. (2011). La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno? *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1685-1724. Recuperado de <https://bit.ly/2MBz7nj>
- Sanabria Gómez, Á. (2007). La resolución en el derecho colombiano. En J. A. Gaitán Martínez & F. Mantilla Espinosa (Eds.). *La Terminación del contrato*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Tamayo Jaramillo, J. (2011). *La decisión judicial*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Tamayo Lombana, A. (2004). *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Ukneviciūtė, S. (2011). *The concept of fundamental breach of the contract in a comparative perspective* (tesis de maestría). Mykolas Romeris University, Vilna, Lituania. Recuperado de http://vddb.laba.lt/fedora/get/LT-eLABa-0001:E.02~2011~D_20110705_125955-88298/DS.005.1.01.ETD Base de datos OAlster.
- Valencia Restrepo, H. (1999). *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Valencia Zea, A. (1979). *Derecho civil, Parte general y personas*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

- Valencia Zea, A. (1974). *Derecho Civil, De las Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Vaquer Aloy, A. (2017). *La armonización del derecho de obligaciones y contratos*. Bogotá, Colombia: Editorial Astrea S.A., Universidad Sergio Arboleda.
- Velásquez Gómez, H.D. (2010). *Estudio sobre obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Vidal Olivares, Á. (2009). La noción de incumplimiento esencial en el “código civil.” *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XXXII), 221–258. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000100006>
- Vidal Olivares, Á. (2010a). La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. En Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, A. (Eds.) *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Vidal Olivares, Á. (2010b). El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento. En Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, A. (Eds.) *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Vidal Olivares, A. (2011). El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español. *Revista Chilena de Derecho*, 16), 243-302. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n3/art02.pdf>
- Villamil Portilla, E. (2016). *Levedad del incumplimiento contractual y otros ensayos*. Bogotá, Colombia: Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Zapata, A. (2012). Los instrumentos del derecho internacional como puntales para interpretar normas internas. *Ámbito Jurídico*, (26). Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/los-instrumentos-del>

BIBLIOGRAFÍA.

- Aburto, J.P. & De La Maza, I. (2015). Falta de conformidad jurídica y tutela del comprador. *Ius et Praxis*, (2), 61-108. Recuperado de https://www.academia.edu/36589904/037.Falta_de_conformidad_jur%C3%ADdica_y_tutela_del_comprador
- Álvarez Contreras, J. (2018). El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato. *Con-Texto*, (47), 41-87. <https://doi.org/10.18601/01236458.n47.04>
- Atiyah, P.S., Adams, J. & MacQueen H. (2010). *Atiyah's sale of goods*. Londres, Reino Unido: Editorial Pearson.
- Baldus, C. (2006). Interpretación histórica y comparatista en el derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la “falta de conformidad de escasa entidad” *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1611-1640. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-40161101640_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Interpretaci%F3n_hist%F3rica_y_comparatista_en_el_Derecho_privado_europeo:_sobre_la_concretizaci%F3n_de_la_%22falta_de_conformidad_de_escasa_entidad%22
- Basedow, J. (2005). Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG. *International Review of Law and Economics*, 25(3), 487–500. Recuperado de <https://doi.org/10.1016/j.irle.2006.02.009>
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: Orange Business Services Colombia S.A. vs. Carvajal Propiedades e Inversiones S.A. (Árbitro: Gilberto Peña Castrillón: Junio 9 de 2006).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: Fundación Cardiovascular de Colombia vs. Informática Hospitalaria Integrada S.A.- Hospital I. (Árbitros: Ernesto Rengifo García, Guillermo Zea Fernández y Daniel Peña Valenzuela: Mayo 19 de 2010).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Diva Adriana Arciniegas Rojas vs. Agrupación de Vivienda El Velero Propiedad Horizontal*. (Árbitros: Juan Pablo Bonilla Sabogal, Tulio Cárdenas Giraldo y José Fernando Escobar Escobar: Junio 21 de 2010).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *BRM S.A. vs. Young & Rubicam Brands Ltda.* (Árbitros: Ernesto Rengifo García: Octubre 3 de 2011).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Indra C.I. S.A. vs. Productos Familia S.A.* (Árbitros: José Armando Bonivento Jiménez, Fabiola Orozco Duque y Camilo Calderón Rivera: Marzo 9 de 2012).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Nubia Victoria Agudelo Duque vs. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.* (Árbitros: Ernesto Rengifo García, Hernán Fabio López Blanco y Sergio Muñoz Laverde: Agosto 8 de 2012).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Industria Colombiana de Motocicletas Yamaha S.A.- Incolmos- Yamaha S.A. vs. Oesia Colombia S.A.* (Árbitros Guillermo Zea Fernández, Fernando Triana Soto y Daniel Peña Valenzuela: Agosto 15 de 2012).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Beneficencia de Cundinamarca vs. Organización Delima S.A.* (Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Jorge Santos Ballesteros y Jorge Pinzón Sánchez: Diciembre 6 de 2012).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Ferroequipos Yale Ltda. vs. Bavaria S.A.* (Árbitros: Mario Gamboa Sepúlveda, Marcela Castro de Cifuentes y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: Noviembre 8 de 2013).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Delavaco Energy Colombia Inc. Sucursal Colombia vs. P1 Energy Alpha S.A.S. y Petroleum Equipment International S.A.S.* (Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Ernesto Villamizar Cajiao y Andrés Fernández de Soto: Noviembre 19 de 2013).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Patrimonios Autónomos Fideicomisos A (Carrefour) y B (Carrefour) vs. Cencosud Colombia S.A.* (Árbitros: José Alberto Gaitán Martínez, Marco Tulio Gutiérrez Morad y Álvaro Mendoza Ramírez: Septiembre 28 de 2015).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Maco Ingeniería S.A. Montajes, Asesorías, Construcciones, Obras de Ingeniería Maco S.A. vs Meta Petroleum Corp Sucursal Colombia.* (Árbitros: Marlene Durán Camacho, Alexandra Baquero Neira y Julio Roberto Nieto: Octubre 7 de 2015).

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Isagen S.A. E.S.P. vs. Axa Colpatria Seguros S.A. y Liberty Seguros S.A.* (Árbitros: Ernesto Rengifo García, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Nestor Fagua Guaque: Enero 31 de 2017).

- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Soluciones Integrales Unión S.A.S. vs Maderas y Molduras Puerto Leticia Ltda. y Seguros del Estado S.A.* (Árbitros: Pedro Lafont Pianeta, Luis Camilo Osorio Isaza y Saúl Sotomonte Sotomonte: Noviembre 8 de 2017).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Best Lucky S.A. y Antonio María Botero Asprilla vs. Alianza Fiduciaria S.A., Aktani S.A., Compañías Integradas S.A., Carlos Pío Uribe, Carlos Alberto Medina Rodríguez y Benjamín Medina Rodríguez* (Árbitros: Edgardo Villamil Portilla, Álvaro Isaza Upegui y Luis E. Arellano Jaramillo: Febrero 15 de 2018).
- Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación. Partes: *Salud Llanos IPS LTDA vs. Capital Salud Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado S.A.S. "Capital Salud E.P.S.-S S.A.S.* (Árbitros: José Guillermo Sarmiento R., Hernando Augusto Galindo y Luis Eduardo Arellano Jaramillo: Febrero 25 de 2019).
- Canosa Torrado, F. (2011). *La Resolución de los Contratos, 10 años de jurisprudencia Corte Suprema de Justicia 2000-2010*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Cienfuegos Falcón, M.F. (2016). Revalorando la cláusula general de buena fe. El incumplimiento esencial en la resolución contractual. *Revista Doctrina Práctica*, 1, 218–246. Recuperado de https://www.academia.edu/9789112/REVALORANDO_LA_CL%C3%81USULA_GENERAL_DE_BUENA_FE_EL_Incumplimiento_esencial_en_la_resoluci%C3%B3n_contractual_desde_un_punto_de_vista_dogm%C3%A1tico-comparativo
- Clemente Meoro, M. (2011). La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de derecho civil de la comisión general de codificación española. *Boletín Del Ministerio de Justicia*, 2131, 1–17. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3915564>
- Corral Talciani, H. (2016). *Estudios sobre contratos y obligaciones*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez-Centro de Estudios de Derecho Comparado.
- De Cores Helguera, C. (2018). Cumplimiento defectuoso: una categoría jurídica en construcción. *Revista de la facultad de derecho de México*, 68 (271), 169-198. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.271.65336>
- De la Maza Gazmuri, I. (2011). El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio. *En Cuadernos de análisis jurídico, Colección derecho privado VII, Incumplimiento contractual nuevas perspectivas*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. (23), 213-234.

Recuperado de <http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2018/06/Cuadernos-7.pdf>

- De la Maza Gazmuri, I. & Vidal Olivares, A. (2014). Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres sentencias recientes de la Corte Suprema. *Revista Ius et praxis*, (1), 15-38. Recuperado de https://www.academia.edu/36596500/030.Prop%C3%B3sito_pr%C3%A1ctico_incumplimiento_contractual_y_remedios_del_acreedor.pdf
- De la Maza Gazmuri, I. (2014). Gravedad, diligencia y precio, a propósito de los vicios redhibitorios. Corte Suprema 17 de diciembre de 2014. Rol 21911-2014. *En Revista Chilena de Derecho Privado*, (23), 361-366. Recuperado de https://www.academia.edu/36611573/Comentario11.Contratos_especiales._Gravedad_diligencia_y_precio_a_prop%C3%B3sito_de_los_vicios_redhibitorios.pdf
- De la Maza Gazmuri, I., Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, A. (2017). *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Madrid, España: Autor. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44
- De la Maza Gazmuri, I. & Vidal Olivares, A. (2018). Aliud pro alio, incumplimiento contractual y vicios redhibitorios en el contrato de compraventa. *Revista de Derecho de la Universidad Pontificia Católica de Valparaíso*, 50(1), 93-125. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018000100093>
- De Roa, Felipe Suescun (2008). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: Una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, 41, 3-17. Recuperado de: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=23&sid=45708db6-8076-47f8-abb4-832325236faa%40sessionmgr120> Base de datos: Academic Search Complete.
- Díaz Lindao, I. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista De Derecho Privado*, (23), 127-178. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3306>
- Díez Picazo, L. (2003). Reforma de los códigos y derecho europeo. *Anuario de derecho civil*, (4), 1565-1574. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2003-40156501574
- Díez Picazo, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*. Pamplona, España: Thomson Civitas, Cizur menor.
- Ebers, M. (2003). La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la ley de modernización del derecho de obligaciones de 2002. *Anuario de derecho civil*,

(4), 1575-1608. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2003-40157501608

Elizalde Ibarbia, F.D. (2017). Una aproximación española y europea al contenido del contrato. Reflexiones a la luz de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. *Anuario de derecho civil*, (3), 1139-1195. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2017-30113901195

Farnsworth, E.A. (2004). *Contracts*. Nueva York, Estados unidos: Editorial Aspen Publishers.

Fenoy Picón, N. (1995). 18 de abril de 1995. Contrato de obra- Su distinción con la compraventa. Causa petendi. principio de sustanciación. Defectos de la cosa Posibilidad de repararlos. Acción resolutoria del artículo 1. 124.1 CC. Incumplimiento grave y transcendente. objeto inútil al fin señalado en el contrato. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (39)977-996. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=99000>

Fenoy Picón, N. (2009). La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores. *Anuario de derecho civil*, (1), 157-334. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2009-10015700334

Fenoy Picón, N. (2010). La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de la Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *Anuario de Derecho Civil*, 63 (1), 47-136. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2010-10004700136

Fenoy Picón, N. (2011). La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de la Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento. *Anuario de Derecho Civil*, (4)1481-1685. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2011-40148101685_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_Modernizaci%F3n_del_r%E9gimen_del_incumplimiento_del_contrato:_propuestas_de_la_Comisi%F3n_Genera_l_de_Codificaci%F3n._Parte_Segunda:_los_remedios_por_incumplimiento

Fenoy Picón, N. (2015). La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento. *Anuario de derecho civil*, (3), 801-1082. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-30080101082

- Ferrante, A. (2016). Obligación y garantía: la cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico. *Anuario de derecho civil*, (4), 865-923. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-30086500923
- Garello, P. (2002). The breach of contract in French law: between safety of expectations and efficiency. *International Review of Law and Economics*, 22(4), 407–420. Recuperado de [https://doi.org/10.1016/S0144-8188\(02\)00112-6](https://doi.org/10.1016/S0144-8188(02)00112-6)
- Gili Saldaña, M. & Gómez Pomar, F. (2014). La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas. *Anuario de derecho civil*, (4), 1199-1252. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2014-40119901252
- Gómez Calle, E. (2012). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia. *Anuario de derecho civil*, 65(1), 31-102. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2012-10002900102_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Los_remedios_ante_el_incumplimiento_del_contrato:_an%20lisis_de_la_propuesta_de_modernizaci%3n_del_C%3digo_civil_en_materia_de_obligaciones_y_contratos_y_comparaci%3n_con_el_borrador_del_marco_com%20n_de_referencia
- Gómez Pomar, F. (2007). El incumplimiento contractual en el Derecho español. *Revista para el análisis del derecho*, 3, 1-49. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78949/103090>
- González Lagos, F. & Novani Correa Stephano. (2016). *Algunos problemas de la resolución por incumplimiento en la contratación contemporánea* (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140333/Algunos-problemas-de-la-resoluci%C3%B3n-por-incumplimiento-en-la-contrataci%C3%B3n-contempor%C3%A1nea.pdf?sequence=1>
- Gregoraci, B. (2015). *Cláusula resolutoria y control del incumplimiento*. Madrid, España: Editorial Boe. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-40
- Gregoraci, B. (2017). Los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Una mirada desde el derecho europeo, 11 y 12 de julio de 2017. *Anuario de Derecho Civil*, (4), 1575-1611. Recuperado de

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2017-40157501611

- Grondona, M. (2011). Gravedad del incumplimiento, buena fe contractual, cláusula resolutoria expresa: fragmentos críticos y puntos reconstructivos para una defensa antidogmática de la autonomía privada. *Revista de derecho privado*, 20, 271-299. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2894/2536>
- Herrada Bazan, V. (2017). Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias). *Revista de derecho civil*, 4(1), 31–75. Recuperado de <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/237>
- Hinestrosa, F. (2016). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. *Revista de derecho privado*, 31, 5-21. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n31.01> Base de datos: Academic Search Complete.
- Hogg, M. A. (2017). The implication of terms-in-fact: Good faith, contextualism, and interpretation. *George Washington Law Review* 85(6), 1660-1691. Recuperado de <https://ezproxy.eafit.edu.co:2902/HOL/P?h=hein.journals/gwlr85&i=1752>.
- Ibáñez, C.M. (2006). *Resolución por incumplimiento*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Jansen, N. & Zimmerman, R. (2018). *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Jerez Delgado, C. (2015). *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38
- Lawrence, W. H. (1986). Cure after breach of contract under the restatement(second) of contracts: An analytical comparison with the uniform commercial code. *Minnesota Law Review* 70(3), 713-752. Recuperado de <https://ezproxy.eafit.edu.co:2902/HOL/P?h=hein.journals/mnlr70&i=727>.
- Levy, L. (2008). International law japanese law and breach of contract: Good reason is subjective standard servo kinetics, inc. v. tokyo precision instruments co. *Suffolk Transnational Law Review* 31(3), 727-736. Recuperado de <https://bit.ly/2PSPQQP>
- Mejías Alonzo, C. (2015). La excepción de contrato no cumplido, un análisis de su aplicación en la jurisprudencia nacional reciente y en la doctrina. *Revista de Derecho*, 21(1), 111-156. Recuperado de <http://revistaderecho.ucn.cl/article/view/1888>

- Monteiro Pessoa, R. (2013). El interés económico de las partes y el incumplimiento contractual, *Revista de Derechos Fundamentales*, (10), 85–105. Recuperado de https://www.academia.edu/31695742/EL_INTER%C3%89S_ECON%C3%93MICO_DE_LAS_PARTES_Y_EL_INCUMPLIMIENTO_CONTRACTUAL_THE_ECONOMIC_INTEREST_OF_THE_PARTIES_AND_THE_CONTRACTUAL_BREACH
- Morales Moreno, A.M. (2014). Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación. *Anuario de derecho civil*, (1). Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-10022700254
- Moreno, J.D (2015). El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual. *Revista jurídica de la universidad autónoma de Madrid*, 32, 15-48. Recuperado de: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=16&sid=45708db6-8076-47f8-abb4-832325236faa%40sessionmgr120> Base de datos: Academic Search Complete
- Mosco, L. (1956). *La resolución de los contratos por incumplimiento*. Barcelona, España: Editorial Dux.
- Mosset Iturraspe, J. (1994). *La interpretación económica de los contratos*. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni editores.
- O'Callaghan Muñoz, X. (2012) *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Orsini, J.M. (1982). *La resolución del contrato por incumplimiento*. Bogotá, Colombia-Caracas, Venezuela: Editorial Temis Librería.
- Oviedo Albán, J. (2010). Sobre el concepto de vicio redhibitorio en la compraventa. Análisis comparado de la jurisprudencia chilena y colombiana. *Revista Chilena de Derecho*, 37(2), 241-269. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3330551>
- Oviedo Albán, J. (2013). *El vicio redhibitorio como incumplimiento de la obligación de entrega* [en línea]. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-jurisprudencial/civil-y-familia/el-vicio-redhibitorio-como-incumplimiento-de-la>
- Oviedo, Albán, J. (2014). La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de derecho privado*, 30, 219-253. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3800>

- Oviedo Albán, J. (2016). Los requisitos del vicio redhibitorio en la compraventa según el Código Civil chileno-colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 30, 129-169. Recuperado de doi: 10.18601/01234366.n30.06 Base de datos: Academic Search Complete
- Paladini, M. (2009). Nuevas perspectivas en materia de resolución del contrato por incumplimiento. *Revista Iusta*, 1(30), 131-139. Recuperado de <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2009.0030.07>
- Peñailillo Arévalo, D. (2012). Algunas reformas a la resolución por incumplimiento. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, (231-232), 8-60. Recuperado de: http://www.revistadederecho.com/buscar_articulos.php?busqueda=incumplimiento
- Pizarro Wilson, Carlos. (2007). ¿Puede el Acreedor Poner Término Unilateral al Contrato? *Ius et Praxis*, 13(1), 11-28. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100002>
- Pizarro Wilson, C. (2010). Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. En Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, A. (Eds.) *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Pizarro Wilson, C. (2010). Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno. En Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, A. (Eds.) *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Quintana Cepeda, A.M. (2017). La modernización del derecho de las obligaciones, una experiencia para Latinoamérica. *Revista de Derecho Privado*, (57), 4–19. Recuperado de: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri631.pdf
- Randall, J. (2014). Express termination clauses in contracts. *Cambridge Law Journal* 73(1), 113-141. Recuperado de https://ezproxy.eafit.edu.co:2902/HOL/Page?handle=hein.journals/camlj73&div=7&start_page=113&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults
- Rengifo García, E. (s.f.). *Remedios ante la resolución o retractación arbitraria o injustificada de un contrato*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de <http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/REMEDIOS%20ANTE%20LA%20RESOLUCI%C3%93N%20ARBITRARIA%20ERG.pdf>
- Rengifo García, E. (2009). *La terminación y la resolución unilateral del contrato*. Bogotá, Colombia: Autor. Recuperado de

<http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/La%20Terminaci%C3%B3n%20y%20la%20resoluci%C3%B3n%20unilateral%20del%20contrato.pdf>

Rivera Restrepo, J.M. (2016). La gravedad del incumplimiento como requisito del derecho de opción del acreedor. Tendencias modernas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 267-291. Recuperado de <http://ezproxy.eafit.edu.co:2128/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=8789cdc5-fbf8-48fa-b956-5dbfe50e533c%40sessionmgr102>

Rivera Restrepo, J.M. (2018). La reforma francesa de 2016 al estatuto de la “condición resolutoria tácita”. *Revista de la facultad de derecho de México*, 68 (271), 289-317. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.271.65324>

San Miguel Pradera, L. P. (2016). Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos: una revisión crítica. Jornadas de discusión y análisis. Madrid, 16 y 17 de junio de 2016. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 991-1038. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2016-30099101038

Savaux, E. (2016). El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 715-741. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2016-30071500741

Surahyo A. (2018). Suspension and Termination of Construction. In: *Understanding Construction Contracts*. Springer, Cham. Recuperado de https://doi.org/10.1007/978-3-319-66685-3_16

Treitel, G.H. (1988). *Remedies for breach of contract: A comparative account*. Londres, Reino Unido: Editorial Sweet & Maxwell.

Treitel, G.H. (2015). *The law of contract*. Londres, Reino Unido: Editorial Sweet & Maxwell.

Vaquero Aloy, A. (2011). El principio de conformidad ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones? *Anuario de Derecho Civil*, 1, 5-40. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2011-10000500040_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_El_principio_de_conformidad:_%BF_supraconcepto_en_el_derecho_de_obligaciones?

Veintemilla Faytong, C. A. (2016). *El incumplimiento esencial de los contratos*. Recuperado de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/7115>

- Verda y beamonte, J.R.D. (2002). La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa. *Anuario de derecho civil*, (2), 641-658. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2002-20064100658_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_falta_de_armon%EDa_entre_la_tipificaci%F3n_del_vicio_redhibitorio_y_los_remedios_jur%EDdicos_con_que_cuenta_el_comprador_de_una_cosa_defectuosa
- Vidal Olivares, A. (s.f.). El derecho a subsanar el incumplimiento como límite a la autonomía de la indemnización en derecho de contratos. *En Estudios de derecho civil XIII, Ponencias presentadas en las XV jornadas nacionales de derecho civil*. Chile: Editorial Thomson Reutres. Recuperado de https://www.academia.edu/37679986/ESTUDIOS_DE_DERECHO_CIVIL_XIII_PONENCIAS_PRESENTADAS_EN_LAS_XV_JORNADAS_NACIONALES_DE_DERECHO_CIVIL
- Vidal Olivares, A. (2003). Integración de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista de derecho de la pontificia universidad católica de Valparaíso*, XXIV, 457-491. Recuperado de https://www.academia.edu/36640655/06._INTEGRACI%C3%93N_DE_LA_CONVENCI%C3%93N_DE_VIENA SOBRE_COMPRAVENTA_INTERNACIONAL_DE_MERCADER%C3%8DAS
- Vidal Olivares, A.R. (2003). La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. *Anuario de derecho civil*, (3), 993-1041. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2003-30099301041
- Vidal Olivares, A. (2005). La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional. *Revista de Derecho*, XVIII (2), 55-81. Recuperado de https://www.academia.edu/36640551/09._LA_GESTI%C3%93N_RAZONABLE_DE_LOS_EFECTOS_DEL_INCUMPLIMIENTO_EN_LA_COMPRAVENTA_INTERNACIONAL
- Vidal Olivares, A. (2006). El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 33(3), 439-477. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n3/art02.pdf>
- Vidal Olivares, A. (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 41-59. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177014515004>

- Vidal Olivares, Á. (2010). El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento. En Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, A. (Eds.) *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Vidal Olivares, Á. (2010). La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento. En Pizarro Wilson, C. & Vidal Olivares, A. (Eds.) *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Vidal Olivares, Á. (2015). Incumplimiento contractual y pretensión de cumplimiento específico en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos. En A. A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila & M.P. Sánchez González (Eds.). *El Derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*. 745-768. Barcelona, España: Atelier. Recuperado de https://www.academia.edu/36641167/018.El_incumplimiento_contractual_y_pretensi%C3%B3n_de_cumplimiento_espec%C3%ADfico_en_los_PLDC.pdf
- Vidal Olivares, Á., & Oviedo Albán, J. (2018). Protección del comprador por defectos materiales de la cosa vendida. Desde la fragmentación a un régimen unitario. *Vniversitas*, 67(136), 1-21. Recuperado de <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj136.pcdm>
- Wilson, S. (2009). Terminating contracts. *Journal of Building Appraisal*, 4(3), 225–230. Recuperado de <https://doi.org/10.1057/jba.2008.44>.
- Withaker, S. & Zimmermann, R. (2000). *Good faith in European Contract Law*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.